

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة

قسم الشريعة والقانون



كلية الشريعة  
وأصول الدين والحضارة

## الشفرة

- دراسة مقارنة -

بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية

إشراف الدكتور  
محمد الأخضر مالكي

إعداد الطالب  
الضيف كيفاجي

### لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور : عمار بوضياف ..... رئيسا  
الأستاذ الدكتور : محمد الأخضر مالكي ..... مشرفا ومقررا  
الأستاذ الدكتور : إسماعيل يحي رضوان ..... عضوا  
الأستاذ الدكتور : سعيد فكرة ..... عضوا

السنة الجامعية 1998 - 1999م 1419 - 1420هـ

## الإهداء

إلى أمي العزيزة، وزوجتي الكريمة، وإلى روح أبي، وروح مشرفي  
الأول على شهادة الماجستير أستاذي الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح رحمهما  
الله تعالى. وإلى كل مسلم غيور على هذا الدين، ويسعى إلى تطبيق  
أحكامه في الحياة. وعلى رأس هؤلاء، من شرفت كعيري، من أفراد  
دفعتي بالتلمذ على يديه، الشيخ محمد الغزالي رحمه الله تعالى وطيب ثراه.

# كلمة شكر

أقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى كل من ساعدني، من قريب أو بعيد، على إنجاز هذا البحث، وإتمامه. وأخص بالذكر أستاذي ومشرفي الدكتور محمد الأخضر مالكي، الذي خصني بتوجيهات قيمة، ونصائح مفيدة، كان لها الدور الأكبر في رؤية هذا البحث النور.

# مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، وعلى كل من سار سيرهم، واهتدى بهديهم إلى يوم الدين، وبعد :

فإن الملكية الفردية في التشريع الإسلامي مصونة، لأنها العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان والمال، وجعله مختصا به دون سواه، بحيث يتمكن من استعماله أو استغلاله أو التصرف، فيه بكل الطرق السائغة له شرعا. ولا يجوز لأي فرد أن يعتدي على ملك الآخرين، ومن فعل ذلك فإن عقابا شديدا يناله في الدنيا والآخرة. قال تعالى :  
؛ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم<sup>(1)</sup>. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه، هل الملكية الفردية مصونة ومقدسة بحيث لا يمكن المساس، بها تحت أي ظرف من الظروف، أم أن هناك حالات معينة تدعو الضرورة إليها. فنزاع ملك الأفراد رغما عنهم، مراعاة لمصلحة فردية أخرى. أو تلبية لضرورة عامة ؟.

إن واقعية الشريعة الإسلامية دعوتها إلى الإقرار بنزع الملكية الفردية في بعض الأحيان، استجابة لمصلحة عامة تستدعيها حاجة أو ضرورة ملحة. وليس في هذا أي غرابة، فكل الشرائع أقرت أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة. ولكن الملفت للنظر حقا، هو أن تنزع الملكية الفردية جبرا عن صاحبها وبغير رضاه ليتملكها فرد آخر، كما هو واضح من الشفعة. إذ هي حق امتلاك العقار المبيع جبرا عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والمصاريف.

فما هي ياترى الأسباب التي تدعو إلى نزع ملك الأفراد رعاية لحق الآخرين، أو بعبارة أخرى ما هي أسباب ثبوت الشفعة ؟ وقبل ذلك ألا تعتبر الشفعة اعتداء على حق الملكية، التي من خصائصها الأساسية حرية التصرف. وأنها قيد على حرية التعاقد، وعقبة في وجه سلطان إرادة الفرد لصالح الغير ؟ ولعل هذا الإشكال الأساسي هو الذي حفزني لاختيار موضوع الشفعة، كبحث أتقدم به لنيل شهادة الماجستير، في الشريعة الإسلامية.

وزيادة في البيان أقول : إذا كانت الشفعة تعني أنه إذا كان هناك شريكان على الشيوع في شيء ما وباع أحد الشريكين نصيبه من هذه الشركة لثالث، فإنه يحق للشريك الأخر أخذ نصيب شريكه بالشفعة جبرا عن مشتريه، بما قام عليه من الثمن والمصاريف، فهل يعني ذلك أن كل شيء يشتريه الإنسان، من عقار أو منقول ينزع منه رعاية لحق الآخرين ؟ أم أن ذلك محصور في نوع معين من المال ؟ ومن هو هذا الشخص الذي تنزع ملكية

<sup>(1)</sup> سورة المائدة، آية 40.

الآخرين لصالحه؟ هل كل شخص له هذا الحق، أم أنه لابد أن تتوفر فيه شروط معينة؟ كأن يكون مثلاً شريكاً أو جاراً. وما هي الإجراءات الواجبة عليه اتباعها؟ وما هي الآثار المترتبة على ذلك؟

هذه جملة من الأسئلة تلقي لنا ضوءاً على موضوع الشفعة وأشكاليتها، ومن خلال الإجابة عليها في هذا البحث، فإنني أسمى إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1 - بيان أن الشفعة ليست قيداً على حرية التعاقد، وليست اعتداءً على حق الملكية، وليست عقبة في وجه سلطان الإرادة. بل هي وسيلة لإبعاد الضرر المحتمل، من الشريك الجديد على الشريك القديم، وأسلوب لمنع سوء معايشة الجوار ومضايقاتهم.

2 - بيان أن الشفعة نوع من السلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية، ووسيلة وقائية لكي لا يقع الخصام والنزاع.

3 - بيان أن الشفعة وسيلة لإبعاد الأجنبي، من أن يقتحم نطاق الشركاء، في الملكية الشائعة.

4 - بيان أن الشفعة وسيلة للتقليل من عدد الشركاء، وأنها تعتبر من التدابير غير المباشرة التي تؤدي إلى إزالة الشيوخ، أو تخفيفه.

5 - تقريب المسافة بين الشريعة والقانون. لأننا نجد بعض المتشددين من أنصار الشريعة الإسلامية لا يقبلون القانون الوضعي مهما كان ملحظه سيديداً، ويرون ذلك محض الانحراف والضلال. كما نجد أيضاً بعض المتشددين من أنصار القانون الوضعي ينظرون إلى الشريعة الإسلامية نظرة ريبة أو شك، وأنها شريعة وضعت لمرحلة زمنية خلت، ولأوضاع اجتماعية واقتصادية وسياسية لم تعد قائمة اليوم. والحقيقة طبعاً هي خلاف ذلك، لسبب بسيط وهو أن واضع الشريعة الإسلامية هو الله تعالى، الذي يعلم ما كان وما هو كائن وما سيكون، ولأنه قال وقوله الحق: «ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير»<sup>(1)</sup>. وفي سبيل تحقيق هذا الهدف فقد حاولت المقارنة بين الشريعة والقانون، كلما كانت المقارنة ممكنة، بدون انتهاج تقريب مقفل بينهما.

وقد كانت خطتي لدراسة موضوع الشفعة، وتحقيق الأهداف السالفة الذكر. في فصل تمهيدي، وأربعة فصول أساسية، وخاتمة. وهي كما يأتي:

<sup>(1)</sup> سورة الملك، آية رقم 14.

- \* الفصل التمهيدي : تعريف الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها والنتائج المترتبة على ذلك . وفيه مبحثان
- المبحث الأول : تعريف الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها .
- المبحث الثاني : النتائج المترتبة على تكييف الشفعة الفقهي والقانوني .
- \* الفصل الأول : محل الشفعة وشروط تملكها . وفيه خمسة مباحث .
- المبحث الأول : محل الشفعة في الشريعة الإسلامية .
- المبحث الثاني : محل الشفعة في القانون المدني .
- المبحث الثالث : تجزئة الشفعة .
- المبحث الرابع : شروط التملك بالشفعة .
- المبحث الخامس : البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة .
- \* الفصل الثاني : الشفيع . وفيه ثلاثة مباحث
- المبحث الأول : من هو الشفيع
- المبحث الثاني : شروط الشفيع
- المبحث الثالث : تعدد الشفعاء وتزاحمهم
- \* الفصل الثالث : إجراءات الأخذ بالشفعة . وفيه ثلاثة مباحث .
- المبحث الأول : إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري .
- المبحث الثاني : إجراءات الأخذ بالشفعة في الشريعة الإسلامية .
- المبحث الثالث : مقارنة بين إجراءات القانون المدني الجزائري، وإجراءات الشريعة الإسلامية .
- \* الفصل الرابع : آثار الشفعة . وفيه أربعة مباحث .
- المبحث الأول : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع .
- المبحث الثاني : علاقة الشفيع بالبائع .
- المبحث الثالث : علاقة الشفيع بالمشتري .
- المبحث الرابع : علاقة الشفيع بالغير .
- \* خاتمة .

وقد كانت نيتي في تحرير هذا البحث ألا أكفي بالمذاهب الفقهية الأربعة المعروفة، بل أتجاوز ذلك إلى الإباضية، والظاهرية، والإمامية، والزيدية. ولكن عدم قدرتي على المشي والحركة، واعتمادي على غيري في توفير المصادر والمراجع اللازمة حال دون تحقيق ذلك. وعليه فقد جاء البحث في عمومه مقتصرًا على المذاهب الأربعة، والإباضية والظاهرية، وخلا من الإشارة إلى مذهب الإمامية والزيدية. كما تعذر علي أيضًا لنفس السبب توفير مراجع كثيرة في القانون، وأكفيت في معظم البحث بالاعتماد أساسًا على موسوعة العلامة عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني".

وحاولت ألا أذكر قضية أو مسألة إلا وبينت دليلها وسندها سواء من العقل أو النقل، لأن الفقه الاستدلال، ورد الفروع إلى أصولها، ومثل الأحكام من غير أدلتها، كمثل الجسم الذي فقد الروح. كما قال ذلك الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى<sup>(1)</sup>. وقد عملت على المقارنة والموازنة بين المذاهب الإسلامية، لانتقاء أصح الآراء وأقواها دليلًا، وترجيح ما ظهر لي رجحانه. مع إبداء الرأي إن كان لذلك وجه، دون تعصب لمذهب، أو تقليد لآخر. وإنما هي الحجة تبعها والدليل تقفي أثره في نطاق الأدلة الشرعية، القواعد الفقهية، والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وحاجة المسلمين في هذا العصر.

ولا يفوتني في الختام أن أقر بالعجز والتقصير، والاعتراف بالفضل والتقدير لمن سبقني من علماء وفقهاء خدموا الفقه الإسلامي من أسلافنا قديمًا، وأسائدتنا حديثًا. رحم الله من مضى منهم، وحفظ لنا من بقي حيا منهم.

والله أسأل أن يتقبل مني هذا العمل البسيط، وأن يوفقني إلى خير طريق، فهو ولي ذلك والقادر عليه.

<sup>(1)</sup> الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص3، دار الفكر، القاهرة.

# الفصل التمهيدي

## تعريف الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها والنتائج المترتبة على ذلك

تمهيد :

الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية عرفها الإنسان منذ القدم .. فقد كان الرجل في الجاهلية قبل مجيء الإسلام إذا اشترى أرضاً، أو منزلاً، أو شقصاً من أرض أو منزلاً، أتاه الجاور أو الشريك، فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك، ويندفع عنه الضرر حتى يشفعه فيه فسمي ذلك شفعة، وسمي الأخذ شفيعاً، والمأخوذ منه مشفوعاً عليه ..<sup>(1)</sup>

ثم جاء الإسلام فأقر الشفعة وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها في كل ما لم يقسم .. فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ..<sup>(2)</sup> وتولى العلماء والفقهاء بعد ذلك شرحها وتوضيحها، بناء على ما أثر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من أقوال وأفعال وأقضية وأحكام .

ولقد استمر العمل بالشفعة وبغيرها من أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر والعالم الإسلامي، إلى أن نزل بأرض الجزائر الاستعمار البغيض، فأوجد نظامين للقضاء، أحدهما إسلامي، والآخر استعماري، وكان من نتيجة ذلك ازدواجية في الأحكام التي تعارض فيها الفقه الإسلامي مع قانون المستعمر - أو المستدمر بتعبير أدق - وخير مثال على ازدواجية الأحكام وعنصرية المستعمر موضوع الشفعة. فقد عمل المشرع الفرنسي على تغيير أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال، فقرر بموجب قانون 14 أوت 1926، أن حق الشفعة لا يمكن التمسك به إزاء المشتري الفرنسي، كما منع الشفعة في العقار المقرنس<sup>(3)</sup> بدعوى أن هذا النوع من العقارات يخضع للقانون الفرنسي، بينما أراضي العرش وهي العقارات التي يملكها المسلمون الجزائريون، ولم يصدر في شأنها سند إداري أو قضائي، أو عقد توثيقي فكان الأخذ بالشفعة فيها جائز .

وقد ألغت الجزائر غداة الاستقلال جميع القوانين المخالفة للسيادة الوطنية، أو ذات الطابع الاستعماري أو التمييز العنصري وذلك بالقانون رقم 63/157. وعند ما صدر القانون المدني في سنة 1975، فقد عادت الشفعة إلى مكائنها الطبيعية. ونص عليها في القسم الخامس، من الفصل الثاني، من الكتاب الثالث، المتعلق بالحقوق العينية الأصلية في المواد من 794 إلى 807 .

<sup>(1)</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج 7، ص 152. مادة شفع. دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1988م، 1408هـ .

<sup>(2)</sup> جزء من حديث رواه البخاري، وسيأتي تخريجه في أدلة مشروعية الشفعة

<sup>(3)</sup> وهي العقارات التي صدر بشأنها حكم قضائي، أو عقد إداري. أو عقد توثيقي، وهذه الفئة تشمل جميع الأراضي التي استولى عليها الفرنسيون من الجزائريين، وجميع العقارات الكائنة في المدن والتي لها مخطط عمراني، وميزتها الأساسية أنها كانت تخضع للقانون الفرنسي، حتى ولو كانت في أيدي المسلمين .



وفي سنة 1995 أصدرت الجزائر قانونا لخصوصة<sup>(1)</sup> المؤسسات العمومية، التي تملك فيها الدولة والأشخاص المعنويون التابعون للقانون العام، جزءا من رأسمالها أو كله. وذلك استجابة منها للتحويلات التي تشهدها الساحة الاقتصادية والاجتماعية، حيث انتقلت من إقتصاد مركزي موجه، إلى إقتصاد ليبرالي حر يتحكم فيه قانون العرض والطلب، أو لقلة الشيء وكثرة الخلق كما يعبر ابن تيمية في رسالة الحسبة<sup>(2)</sup> وقد أدرجت الشفعة ضمن الوسائل التي ينال بواسطتها العمال بعض حقوقهم سواء تعلق الأمر ببيع أسهم في المؤسسات، أو تعلق الأمر ببيع كلي أو جزئي لأصول<sup>(3)</sup> المؤسسة وملحقاتها .

ونحن في إطار البحث الفقهي والعلمي، وبعيدا عن ضوضاء المؤسسات واحتجاج العمال واعتراضهم والمتنافسين من أرباب المال والمصالح، والطامحين والطامعين في اقتسام مخلفات العهد الاشتراكي، نحاول أن نعيد طرح موضوع الشفعة، ونمحص ما ورد فيه وفق الأدلة الشرعية من مصادرها الأصلية، لنبين حرص الشريعة الإسلامية على حفظ مصالح الخلق، ودفع الضرر عنهم أيا كان نوعه. مقارنة ذلك بالقانون المدني الجزائري بما يفتح الله تعالى به علينا من فضله. وفقا لخطة البحث التي سبقت الإشارة إليها في المقدمة .

وبعد هذه المقدمة الموجزة، ننتقل إلى تعريف الشفعة وبيان حكمها وحكمتها وكيف كيفها رجال الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، النتائج المترتبة على ذلك، ويكون ذلك كله في مبحثين اثنين .

**المبحث الأول: تعريف الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها .**

**المبحث الثاني: النتائج المترتبة على تكييفها الفقهي والقانوني .**

<sup>(1)</sup> صدر قانون الخصوصية بالأمر 95 - 22 المؤرخ في 29 ربيع الأول 1416هـ، الموافق لـ 26 لوت 1995م .

<sup>(2)</sup> ابن تيمية، مجموع فتاوى، ج28، ص76، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب .

<sup>(3)</sup> انظر المادتين 37، 46، من قانون الخصوصية .

# المبحث الأول تعريف الشفعة وحكمها وتكييفها

وتتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب على التوالي . الأول: في تعريف الشفعة . والثاني: في بيان حكمها ويستلزم ذلك بيان حكمها . والثالث: في تكييفها الفقهي والقانوني .

## المطلب الأول : تعريف الشفعة

للشفعة تعريف لغوي وآخر اصطلاحي، وفي الاصطلاح هناك تعريف الفقه الإسلامي وتعريف القانون المدني . وسنحاول استخلاص تعريفًا للشفعة، من خلال بيان التعاريف المختلفة، ويكون ذلك كله في ثلاثة فروع . الأول: في التعريف اللغوي . والثاني: في التعريف الاصطلاحي . والثالث: في تعريفنا للشفعة .

## الفرع الأول : التعريف اللغوي للشفعة

الشفعة في اللغة مأخوذة من فعل شفع وهو يأتي بعدة معان وهي:

- أ- بمعنى الضم . تقول: شفع الشيء يشفعه أي ضم مثله إليه، ويشفع الركعة جعلها شتين<sup>(1)</sup>
- ب - بمعنى الزوج، خلاف الوتر . تقول: كان وترا فشفعته شفعا<sup>(2)</sup> أي كان وترا فأصبح زوجا .
- ج - بمعنى أعان علي . تقول: شفع لي بالعداوة . أي أعان علي . قال النابغة الذبياني  
أناك امرؤ مستبطن لي بغضة له من عدو مثل ذلك شافع<sup>(3)</sup>
- قال الزمخشري: وهذا من الحجاز<sup>(4)</sup> .

د - بمعنى الطلب . تقول: شفع لي شفاعا وشفع: أي طلب .

ومن معنى الضم والزيادة اشتقت الشفعة . فقد سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشفعة الزيادة وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمنه إلى ما عندك فتزيده وشفعه بها<sup>(5)</sup> . وعلى هذا المعنى جاء قوله تعالى: " من يشفع شفاعا حسنة يكن له نصيب منها، ومن يشفع شفاعا سيئة يكن له كفل منها وكان الله على كل شيء مقبلا<sup>(6)</sup> " . أي يزداد عملا إلى عمل<sup>(7)</sup> .

<sup>(1)</sup> حسن يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، ج2، ص1200، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية .

<sup>(2)</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص150، مادة شفع .

<sup>(3)</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص151 .

<sup>(4)</sup> جار الله الزمخشري، أساس البلاغة، ص238، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1399هـ، 1979م .

<sup>(5)</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص152 .

<sup>(6)</sup> سورة النساء، آية رقم 84 .

<sup>(7)</sup> أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص463، الطبعة الثالثة 1407هـ، 1987م، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

ومن معنى الضم والزيادة جاء استعمال الشفعة في باب المعاملات من البيع والشراء، لأن الشفيع يضم العقار إلى ملكه قصير الحصة حصتين، والمال مالين " فكأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعاً<sup>(1)</sup> . أو لأن الشفيع يزيد ملكه بسبب الشفعة، فيقوى ويستعين به .

وعليه فيمكننا أن نقول إن للشفعة من حيث الاستعمال معنيان<sup>(2)</sup> . الأول: فهي اسم للملك أو للمال المشفوع، أي المأخوذ بالشفعة . الثاني: تملك المال المشفوع، أي أخذه من مشتريه عند وجود شرطه، ومنه قولهم: من ثبت له الشفعة فأخر الطلب بغير عذر بطلت شفعمه، أي ثبت له سبب تملك المال المشفوع، فإن استعمل هذا السبب ثبت ملكه في المال . وصاحب الشفعة هو الشفيع أو الشافع والجمع شفعاء<sup>(3)</sup> .

وقد كانت الشفعة معروفة عند العرب في الجاهلية، قبل مجيء الإسلام فكان الرجل إذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار أو الشريك، يشفع إليه فيما باع، ويجعله أولى به ممن بعد سببه ليتصل به الملك ويندفع عنه الضرر، فسميت شفعة، وسمي طالبها شفيعا، والمأخوذ منه مشفوعا عليه<sup>(4)</sup> .

وهكذا يتضح لنا من خلال ما سبق أن هناك مناسبة بين المعنى اللغوي، والمعنى الشرعي الذي سيأتي ذكره، لأن الشفيع حين يأخذ بالشفعة، فهو يضم المبيع إلى ملكه فكان فيه معنى الضم والزيادة، ومعنى الزوج لأن ملكه كان واحدا وترا فأصبح زوجا شفعاً .

## الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للشفعة .

لقد عرف كل مذهب الشفعة وفق ما أداه إليه اجتهاده، وسنذكر أولا تعاريف المذاهب الفقهية المختلفة، ثم نذكر بعد ذلك تعريف القانون المدني الجزائري، وسيكون ذلك في بندين اثنين تباعا .

### البند الأول : تعريف الشفعة اصطلاحا عند الفقهاء المسلمين .

وقبل ذكر التعاريف المختلفة نبين حقيقة الشفعة فنقول : لو فرضنا أن هناك شريكين على الشيوع في دار أو في أرض، أو جارين، وباع أحد الشريكين أو الجارين حصته لأجنبي، فإن للشريك أو الجار الآخر، الحق في أن يطالب بهذه الحصة ويأخذها بما دفعه المشتري من الثمن والمصاريف، والنفقات سواء رضي بذلك المشتري أو لم يرض . فينزع ملكه جبرا عنه وبغير رضاه، ويعطى للشفيع دفعا للضرر الذي قد يلحقه من هذا الشريك أو الجار الجديد .

<sup>(1)</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص152، مادة شفع .

<sup>(2)</sup> يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، المرجع السابق، ج2، ص1200 .

<sup>(3)</sup> ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص151، مادة شفع .

<sup>(4)</sup> محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب، مواهب الجليل، ج5، ص310، الطبعة الثانية، 1398هـ، 1978م، دار الفكر . وهامشه إنتاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق. ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص152

فعملية الشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذي يأخذ بالشفعة، ومشفوعا منه، وهو المشتري، وبانعا لهذا المشتري، وعقارا مشفوعا به، وهو العقار المملوك للشفيع، وعقارا مشفوعا فيه، وهو الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع فيه .

وبعد هذا التوضيح إليك التعاريف المختلفة :

- فعرفها الحنابلة بقولهم: "الشفعة: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنقلة عنه من يد من انتقلت إليه".<sup>(1)</sup>

فقوله "استحقاق" جنس دخل فيه كل استحقاق، يخرج ما ليس باستحقاق كالغصب والسرقة. وقوله: "شريك" بإضافة الاستحقاق إليه، قيد آخر أخرج به غير الشريك كالجار. وقوله: "انتزاع" يفيد عدم اعتبار رضا المشفوع عليه وهو قيد آخر خرج به استحقاق الشريك التصرف في حصة شريكه. وقوله: "حصة شريكه" قيد آخر أخرج به انتزاع حصته من الغاصب. وقوله: "من يد من انتقلت إليه" قيد آخر أفاد أن الحصة متى انتقلت كان الانتزاع من يد من انتقلت إليه لا من يد من انتقلت عنه

- وعرّفها الإباضية بقولهم: "تمليك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض".<sup>(2)</sup> وتعريف الإباضية هو نفسه تعريف الشافعية الذين عرفوها بقولهم: "حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض".<sup>(3)</sup>

فقوله "حق" جنس يشمل كل حق ويخرج ما ليس بحق كالغصب والسرقة. وقوله: "تملك" إضافة الحق إلى التملك لبيان متعلق هذا الحق. وكلمة التملك مصدر تفيد ثبوت الملك له، وثبوت الملك قيد آخر أخرج به حق غير التملك كحق الانتفاع. وقوله: "قهري" أي غير اختياري لأن المشتري يسلمها أراد أو لم يرد، بل هي ثبت بمجرد البيع، وإطلاق القهر في مقابلة عدم اشتراط الاختيار مجاز، لأن المشتري قد يعطيها باختياره. وقوله: "يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث" قيد آخر أخرج به الجار على أي وجه ولو كان ملاصقا. وقوله: "فيما ملك بعوض" قيد آخر أخرج به ما ملك بغير عوض كالإرث، والوصية، والهبة بلا ثواب .

<sup>(1)</sup> الإمامان موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة، المغني ويلي الشرح الكبير، ج5، ص459، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1403هـ، 1983م .

<sup>(2)</sup> محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج11، ص320، الطبعة الثانية، 1392هـ، 1972م، دار الفتح، بيروت، لبنان .

<sup>(3)</sup> الشيخ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص296، دار الفكر. شمس الدين بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، ص194، طبعة سنة، 1404هـ، 1984م، دار الفكر .

- وعرفها المالكية بقولهم: "استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بشئنه"<sup>(1)</sup> وهذا تعريف ابن عرفة. أما خليل فقد عرفها بقوله: "أخذ شريك من تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة عقارا بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص"<sup>(2)</sup>.

فقوله: "أخذ شريك" قيد أخرج به أخذ غير الشريك كالجار مثلاً. وقوله: "من تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة" فقد احترز "بالتجدد" على من لم يتجدد ملكه. كما لو اشترى رجلان داراً معاً، فلا شفعة لأحدهما على الآخر. واحترز "باللازم" عن المشتري بخيار، فلا شفعة في بيع الخيار إلا بعد بثه. واحترز "بالاختيار" على من تجدد ملكه جبراً عنه، كال ميراث فلا شفعة في موروث لشريك المورث. واحترز "بالمعاوضة" على من تجدد ملكه بغير معاوضة كالهبة والصدقة والوصية<sup>(3)</sup>. وقوله: "عقارا" قيد أخرج به غير العقار كالمقول فلا شفعة في الحيوان والعروض<sup>(4)</sup>. وقوله: "بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص"<sup>(5)</sup> أي أن الشفيع لا يأخذ الشقص إلا بعد أن يدفع لمشتريه مثل ما دفع فيه من الثمن لبائعه إن كان مثلياً ووجد، وإلا بقيمته، أو بقيمة الشقص فيما إذا كان الشقص هو العوض، كما لو خالغ زوجته على شقص من دار. أو نكحها على شقص من أرض<sup>(6)</sup>.

- وعرفها الحنفية بقولهم: "الشفعة: هي تملك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه"<sup>(7)</sup>. وعرفها بعضهم بأنها "حق تملك العقار لدفع ضرر الجوار"<sup>(8)</sup>.

فقوله: "حق" جنس يتناول كل حق ويخرج ما ليس بحق كالغصب والسرقة. وقوله: "تملك" معناه ثبوت الملك وهو قيد آخر أخرج به غير حق التملك كحق الانتفاع وحق التصرف. وقوله: "العقار" أي الأرض وما عليها من بناء وشجر، وهو قيد آخر أخرج به المنقول كالدراهم والدنانير والثياب والحيوان فلا شفعة في شيء من هذا كله. وقوله: "لدفع ضرر الجوار" أي ثبوت الملك لدفع ضرر الجوار، وهو قيد يفيد أن الشفعة إنما هي حق التملك لأجل هذه العلة. والتعبير بالجوار يفيد ثبوت الشفعة للشريك من باب أولى، فإن الاتصال في الشركة أعظم منه في الجوار.

<sup>(1)</sup> محمد بن عبد الله بن علي الخارشي، الخارشي على مختصر خليل، ج6، ص162، وهامشه حاشية الشيخ علي بن أحمد الصعدي العدوي، دار الفكر

<sup>(2)</sup> الشيخ محمد عيش، منح الجليل شرح على مختصر خليل، ج7، ص187، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1404هـ، 1984م.

<sup>(3)</sup> محمد عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص193.

<sup>(4)</sup> محمد عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص194.

<sup>(5)</sup> الشقص: النصيب المعلوم غير المفروز، والنصيب والشرك والشقص بمعنى واحد. انظر ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص163، مادة شقص.

<sup>(6)</sup> الخارشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص165.

<sup>(7)</sup> عبد الغني الفغيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج2، ص106، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

<sup>(8)</sup> شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار جزء 9 ص369، دار الفكر، الطبعة الثانية.

وما يمكن ملاحظته على التعاريف الفقهية المختلفة السالفة الذكر، أن هناك اتفاق بين جميع الفقهاء على أن الشفعة تثبت للشريك المشاع، أما الجار فلم يثبت له صفة الشفع إلا الحنفية، أما الجمهور فلم يثبت عندهم ما يؤكد صحة ذلك، وسيأتي مزيد بيان لهذا الأمر في الفصل الثاني من هذا البحث .

كما نلاحظ أيضا أن الفقهاء متفقون على أن رضا المأخوذ منه بالشفعة وهو المشتري غير معتبر، وإن كان هذا لا ينفي أن المشتري قد يعطي ما اشترى باختياره ورضاه، وإنما المقصود أنها تؤخذ منه جبرا إن أبي .

كما نلاحظ أيضا أن بعضهم استعمل كلمة حق وبعضهم استعمل كلمة استحقاق، ولا أجد فرقا كبيرا بين الكلمتين سوى معنى الطلب، الذي هو من لوازم السين والتاء إذا أضيفتا للفعل .

### البند الثاني : تعريف القانون المدني للشفعة

عرف القانون المدني الجزائري وكذا المصري<sup>(1)</sup> الشفعة على أنها رخصة لاحق، جاء في المادة 794 من القانون المدني " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار . . . . "

إن الاستعمال القانوني لمصطلح الرخصة يرد على معان مختلفة، فما هو المعنى الذي قصده المشرع في هذا النص؟ .

تستعمل الرخصة أحيانا للدلالة على الحقوق والحريات العامة التي يعترف بها القانون للناس كافة، كحرية العمل والتنقل وغير ذلك فهي " ممكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة " .<sup>(2)</sup>

ويقابل الرخصة بمعنى الحريات العامة الحق، والفرق بينهما واضح، إذ الحق سلطة يقرها القانون، ويحميها لشخص معين على سبيل التخصيص والإفراد<sup>(3)</sup>، كحق الشخص في ملك عين من الأعيان، أو حقه في اقتضاء دين من الديون، أو حقه في طلاق زوجته .

وإذا كان الحق يفترض وجود استثناء أو روابط قانونية، بحيث تتفاوت بشأنها المراكز القانونية بين الأشخاص، فإن الحريات / ترف بهذا الاستثناء والتفاوت، بل يفترض وجود الأفراد جميعا على قدم المساواة في التمتع بالرخصة، دون استثناء أو يستأثر بها أحد منهم دون الآخرين من أفراد المجتمع . فالفرق بين الحق والرخصة بمعنى الحريات العامة، كالفرق بين الطريق العام والطريق الخاص .

كما تستعمل الرخصة للدلالة على وسيلة يهينها القانون لاكتساب حق معين فيقال مثلا: إن الشفعة رخصة يؤدي استعمالها إلى اكتساب الشفع ملكية العقار المبيع، وهذا هو المعنى الذي قصده المشرع الجزائري حين عرف الشفعة بأنها رخصة . فهي إذن مجرد وسيلة أو طريقة لاكتساب حق الملكية، شأنها شأن البيع فهو ليس حقا، بل

<sup>(1)</sup> المادة 935 من القانون المدني المصري

<sup>(2)</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، ص 9، دار الفكر .

<sup>(3)</sup> د. محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 12، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 1985 .

وما يمكن ملاحظته على التعاريف الفقهية المختلفة السالفة الذكر، أن هناك اتفاق بين جميع الفقهاء على أن الشفعة تثبت للشريك المشتاع، أما الجار فلم يثبت له صفة الشفيع إلا الحنفية. أما الجمهور فلم يثبت عندهم ما يؤكد صحة ذلك، وسيأتي مزيد بيان لهذا الأمر في الفصل الثاني من هذا البحث .

كما نلاحظ أيضا أن الفقهاء متفقون على أن رضاء المأخوذ منه بالشفعة وهو المشتري غير معتبر، وإن كان هذا لا ينفي أن المشتري قد يعطي ما اشترى باختياره ورضاه، وإنما المقصود أنها تؤخذ منه جبرا إن أبي .  
كما نلاحظ أيضا أن بعضهم استعمل كلمة حق وبعضهم استعمل كلمة استحقاق، ولا أجد فرقا كبيرا بين الكلمتين سوى معنى الطلب، الذي هو من لوازم السين والتاء إذا أضيفتا للفعل .

### البند الثاني : تعريف القانون المدني للشفعة

عرف القانون المدني الجزائري وكذا المصري<sup>(1)</sup> الشفعة على أنها رخصة لاحق، جاء في المادة 794 من القانون المدني " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار . . . . " .  
إن الاستعمال القانوني لمصطلح الرخصة يرد على معان مختلفة، فما هو المعنى الذي قصده المشرع في هذا النص؟ .

تستعمل الرخصة أحيانا للدلالة على الحقوق والحريات العامة التي يعترف بها القانون للناس كافة، كحرية العمل والتنقل وغير ذلك فهي " ممكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة " .<sup>(2)</sup>

ويقابل الرخصة بمعنى الحريات العامة الحق، والفرق بينهما واضح، إذ الحق سلطة يقرها القانون، ويحميها لشخص معين على سبيل التخصيص والإفراد<sup>(3)</sup>، كحق الشخص في ملك عين من الأعيان، أو حقه في اقتضاء دين من الديون، أو حقه في طلاق زوجته .

وإذا كان الحق يفترض وجود استتار أو روابط قانونية، بحيث تتفاوت بشأنها المراكز القانونية بين الأشخاص، فإن الحريات لا تعترف بهذا الاستتار والتفاوت، بل تفترض وجود الأفراد جميعا على قدم المساواة في التمتع بالرخصة، دون أن يستبد أو يستأثر بها أحد منهم دون الآخرين من أفراد المجتمع . فالفرق بين الحق والرخصة بمعنى الحريات العامة، كالفرق بين الطريق العام والطريق الخاص .

كما تستعمل الرخصة للدلالة على وسيلة يهينها القانون لاكتساب حق معين فيقال مثلا: إن الشفعة رخصة يؤدي استعمالها إلى اكتساب الشفيع ملكية العقار المبيع، وهذا هو المعنى الذي قصده المشرع الجزائري حين عرف الشفعة بأنها رخصة . فهي إذن مجرد وسيلة أو طريقة لاكتساب حق الملكية، شأنها شأن البيع فهو ليس حقا، بل

<sup>(1)</sup> المادة 935 من القانون المدني المصري

<sup>(2)</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، ص 9، دار الفكر .

<sup>(3)</sup> د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 12، المؤسسة الوطنية للفنون المظبية، وحدة الرغبة، الجزائر، 1985 .

## المطلب الثاني : حكم الشفعة وحكمتها .

الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وعندما تعرفنا على الشفعة في المطلب الأول، نحاول في هذا المطلب التعرف على حكمها، وحكمتها، ويكون ذلك في فرعين اثنين. الأول: في بيان حكمها. والثاني: في بيان حكمتها.

### الفرع الأول : حكم الشفعة .

لكلمة الحكم عند إطلاقها ثلاثة معانٍ<sup>(1)</sup>: وهي الحكم التكليفي، والحكم الوضعي، والأثر المترتب على التصرف الشرعي. ومقصودنا في هذا الفرع المعنى الأول، أي الحكم التكليفي، وذلك لطرح السؤال الآتي: هل الشفعة مباحة أم غير مباحة؟

يرى الغالبية العظمى من العلماء أن الشفعة مباحة، أي أنها حق اختياري للشفيع أن يطالب بها، إذا رغب في ذلك، وقد ذكر ابن المنذر إجماع<sup>(2)</sup> أهل العلم على هذا الأمر. غير أنه بعد قرن من الزمان من هذا الإجماع الذي ذكره ابن المنذر، زعم أبو بكر الأصبم عدم مشروعية الشفعة. ونسب ابن حزم هذا القول أيضا إلى عثمان البتي<sup>(3)</sup>، ونقل الرافعي من الشافعية أيضا إنكار جابر بن زيد<sup>(4)</sup> من التابعين لها، كما نسب الماوردي أيضا إنكارها لابن عليه<sup>(5)</sup>. وقبل ذكر ما استدل به المنكرون نذكر أولا أدلة المجوزين .

### أولا : أدلة مشروعية الشفعة

وقد استدل جمهور العلماء على مشروعية الشفعة بالسنة والإجماع. أما السنة فأحاديث كثيرة منها :

1 - ما أخرجه مالك في الموطأ<sup>(6)</sup> عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة. قال مالك: وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا .

<sup>(1)</sup> المعنى الأول الحكم التكليفي: وهو إما الوجوب أو الندب أو الإباحة أو التحريم أو الكراهة. فيقال حكم الصلاة أو حكم الزكاة الوجوب، وحكم السرقة أو حكم أكل مال اليتيم التحريم .

المعنى الثاني: الحكم الوضعي: وهو الوصف الشرعي للفعل من حيث الصحة واللزوم وعدم اللزوم، فيقال مثلا حكم العقد المستوفي لأركانه وشروطه أنه صحيح لازم .

المعنى الثالث: وهو الأثر المترتب على التصرف الشرعي، وذلك كالبيع إذا كان صحيحا تترتب آثاره وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع . د، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص399، الطبعة الأولى، 1404هـ، 1984م، دار الفكر. الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص24، 58، دار الفكر القاهرة .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص460 .

<sup>(3)</sup> أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج9، ص83، دار الفكر .

<sup>(4)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص296 .

<sup>(5)</sup> علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص4، دار الفكر، طبعة سنة، 1414هـ، 1994م .

<sup>(6)</sup> مالك بن أنس، الموطأ، ص606 كتاب الشفعة، دار الأفاق الجديدة بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1403هـ، 1983م .



2 - ما أخرجه البخاري في صحيحه<sup>(1)</sup> عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: "قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة". وفي لفظ آخر "إنما جعل النبي - صلى الله عليه وسلم - الشفعة في كل ما لم يقسم. فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".<sup>(2)</sup>

وقد ذكر ابن حجر<sup>(3)</sup> في "منازل الأئمة" (4).

الأول: اختلف عن الزهري في هذا الإسناد فقال مالك عنه عن أبي سلمة وابن المسيب مرسلًا كذا رواه الشافعي وغيره. ورواه أبو عاصم والماجشون عنه فوصله بذكر أبي هريرة أخرجه البيهقي. ورواه ابن جريج عن الزهري كذلك ولكن قال عنهما أو عن أحدهما أخرجه أبو داود. والمحفوظ روايته عن أبي سلمة عن جابر موصولاً وعن ابن المسيب عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلًا. وما سوى ذلك شذوذاً ممن رواه. ويقوي طريقه عن أبي سلمة عن جابر متابعة يحيى بن أبي كثير له عن أبي سلمة عن جابر ثم ساقه كذلك.

الثاني: حكى ابن أبي حاتم عن أبيه أن قوله: "فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" مدرج من كلام جابر. وفيه نظر، لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل وقد نقل صالح بن أحمد عن أبيه أنه رجح رفعها.

3 - ما رواه مسلم في صحيحه<sup>(4)</sup> عن أبي الزبير عن جابر قال: "قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط، لا يجل له - وفي لفظ آخر لا يصلح - أن يبيع حتى يؤذ شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به". الربة: المنزل، والحائط: البستان الحاوي للشجر نخل أو سواه<sup>(6)</sup>.

4 - ما أخرجه البخاري<sup>(7)</sup> عن أبي رافع قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "الجار أحق بصقبة" وقد روى الحديث أيضاً أحمد والنسائي وابن ماجه<sup>(8)</sup>.

<sup>(1)</sup> رواه البخاري في كتاب الشفعة، حديث رقم 2257، العسقلاني، فتح الباري، ج 4، ص 436، دار المعرفة، بيروت، لبنان. وقد روى الحديث أيضاً أبو داود في كتاب البيوع، باب الشفعة، باب ما جاء إذا حدثت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة. ورواه النسائي في كتاب البيوع، باب بيع المشاع.

<sup>(2)</sup> "وقعت الحدود: أي حصلت قسمة الحدود في المبيع، واتضحت بالقسمة مواضعها. وصرفت الطرق: أي بينت مصارفها، قال ابن مالك معنله: خلصت وبانت وهو مشتق من الصرف، وهو الخالص من كل شيء، سمي بذلك لأنه صرف عنه الخلط" انظر الشوكاني، نيل الأوطار شرح متنقى الأخبار، ج 6، ص 81، دار الخيل، بيروت، لبنان.

<sup>(3)</sup> ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 12، ص 345، كتاب الخيل، باب في الهبة والشفعة

<sup>(4)</sup> ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، المرجع السابق، ج 4، ص 436، 437.

<sup>(5)</sup> انظر النووي، شرح صحيح مسلم، كتاب المساقاة والمزارعة، ج 11، ص 46، 47، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة سنة 1407هـ - 1987م.

<sup>(6)</sup> أبو بكر بن العربي، عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي، ج 6، ص 130، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

<sup>(7)</sup> ابن حجر، فتح الباري، المرجع السابق، ج 4، ص 437، حديث رقم 2258، وقد ذكر الحديث وقصته في ج 12، ص 345، 348، من كتاب الخيل.

<sup>(8)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 6، ص 84.

وقد أخرج البخاري لهذا الحديث قصة، وهي أن أبا رافع قال للمسور بن مخزومة: ألا تأمر هذا يشير إلى سعد بن أبي وقاص أن يشتري مني بيتي اللذين في داره، فقال له سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة مقطعة أو منجمة، فقال له أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة ديناراً، ولولا أنني سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: الجار أحق بصقبة<sup>(1)</sup> ما أعطيتكما بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة ديناراً، فأعطاه إياه .

5 - وعن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال النبي - صلى الله عليه وسلم - :  
"الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً" رواه الخمسة إلا النسائي<sup>(2)</sup> .

6 - ما رواه الترمذي<sup>(3)</sup> عن أبي حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن مليكة عن ابن عباس قال:  
قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء" .

هذه أهم الأحاديث التي استدلت بها جمهور العلماء على مشروعية الشفعة. أما الإجماع فقد قال ابن المنذر:  
" أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو حائط . . . ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم<sup>(4)</sup> .

## ثانياً : أدلة المنكرين لمشروعية الشفعة

وقد استدلت المنكرون لمشروعية الشفعة بالكتاب والسنة والمعقول .

1 - أما من الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>(5)</sup> . قالوا: فقد نهى الله تعالى عن أكل أموال الناس بالباطل كالسرقة والغصب والربا، ثم استثنى التجارة لرفع توهم أن تدخل في أكل أموال الناس بالباطل، فلو كانت الشفعة، وهي أخذ مال الإنسان جبراً عنه وبغير رضاه مشروعاً لكانت أحق بالاستثناء، لأنه يتوهم دخولها في أكل أموال الناس بالباطل لانتفاء التراضي فيها، فعدم الاستثناء هو دليل عدم المشروعية .

2 - ومن السنة فقد استدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه" رواه الدارقطني عن أنس<sup>(6)</sup> . قالوا: فظاهر هذا الحديث يدل على أن أخذ الشريك أو الجار ما اشتراه الأجنبي، أخذ للمال بغير طيب نفس<sup>(7)</sup>، وهو نوع من أكل المال بالباطل، ولأن الشفيع حين يأخذ بالشفعة فإنه يدفع الضرر

<sup>(1)</sup> الصقب: بالصاد وبالسین، القرب والملاصقة، ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج6، ص292، مادة سقب. وج7، ص372، مادة صب .

<sup>(2)</sup> الشوكاني، نيل الأقطار، المرجع السابق، ج6، ص86 .

<sup>(3)</sup> أبو بكر بن العربي، عارضة الأحمودي شرح صحيح الترمذي، المرجع السابق، ج6، ص134 .

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص460. أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص322. الماوردي، الحساوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص4 .

<sup>(5)</sup> سورة النساء آية رقم 29 .

<sup>(6)</sup> الشوكاني، نيل الأقطار، المرجع السابق، ج6، ص62 .

<sup>(7)</sup> الماوردي، الحساوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص4. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، ج2، ص138، دار الجيل بيروت لبنان.

عن نفسه، على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره<sup>(1)</sup>.

3 - أما من المعقول فقد قالوا: إن الأخذ بالشفعة فيه إضرار بأصحاب الأملاك، فإن المشتري إذا علم أنه سيؤخذ منه ما يشتره فإنه لا يقدم على الشراء ويتقاعد الشريك أو الجار عن الشراء فيلحق الضرر المالك<sup>(2)</sup>. وبعبارة أخرى فإن الأخذ بالشفعة فيه تعارض مع مبدأ حرية التعاقد.

## مناقشة وترجيح:

إن ما استدل به المنكرون لمشروعية الشفعة، لا يمكن أن ينهض كدليل يعتمد عليه ويمكن دفعه بما يأتي:

- أما الاستدلال من الكتاب فيمكن الرد عليه بأن الشفعة لا يتوهم فيها الباطل، لأن الشفيع حين يأخذ بالشفعة، فإنه يأخذ بمثل الثمن أو القيمة التي تمت بها الصفقة، بخلاف التجارة فإن الإنسان قد يشتري بعشرة ويبيع بعشرين، فيتوهم أن هذا داخل في الباطل، ولذا نفاه الله تعالى، أما الشفعة فليس فيها شيء من الباطل، وإنما هي مجرد تحويل للصفقة من المشتري إلى الشفيع، مع محافظة للصفقة على ثمنها وشروطها الأساسية التي تمت عليها.

- أما الحديث الذي استدلوا به فهو حديث عام، خصص بأحاديث الشفعة كما خصص بأشياء أخرى، منها أخذ الزكاة كرها، وإطعام المضطر، والقريب المعسر، والزوجة، وقضاء الدين، وغيرها من الحقوق المالية التي خصصت<sup>(3)</sup>.

- أما ما استدلوا به من المعقول فقد رد عليه من وجهين. أحدهما: أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولم يمنعم استحقاق الشفعة من الشراء. والثاني: أن المالك إذا لحقه مشقة فله أن يقاسم فتسقط بذلك الشفعة<sup>(4)</sup>.

- ولعل ما توهم به الأصم فنفي به شرعية الشفعة هو الذي دفع فقهاء آخرين للقول بأن الشفعة ثبتت على خلاف القواعد والقياس، لأن الأصل في الشريعة أن لا يسلب شخص حقه في الملك إلا برضاه، ولا يجوز انتزاع حقه جبرا عنه إلا بمسوغ شرعي<sup>(5)</sup>.

وهذا كله كلام غير صحيح، فالشفعة ثابتة ليس استحسانا، أو استثناء من القواعد والقياس، بل دليل ثبوتها الأحاديث الصحيحة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - السابق ذكرها. وإنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به. فأما ما لا يتضمن ظلما ولا إضرارا، بل مصلحة فيجوز نزعه. وهنا نجد أن الشفيع يدفع الثمن للمشتري لدفع ضرر الشركة عنه، فليس في هذا ظلم ولا إضرار.

<sup>(1)</sup> شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 14، ص 90، دار المعرفة بيروت.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 460.

<sup>(3)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، ص 63.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 460.

<sup>(5)</sup> محمد بن إسماعيل الصنعائي، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3، ص 153، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الخامسة، 1410 هـ، 1990 م. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 14، ص 90. - د، بدران أبو العينين بدران، نظرية الملكية والعقود، ص 356، مؤسسة شباب الجامعة.

بل إن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة، وإن لم يرض صاحب المال، وترك معاوضته هاهنا لشريكه مع كونه قاصدا للبيع ظلم منه وإضرار بشريكه فلا يمكنه الشارع من نقل نصيبه إلى غير شريكه، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه، أو أزيد منه مع أنه لامصلحة له في ذلك<sup>(1)</sup>.

- وخلاصة القول: فإن الرأي الذي أنكر الشفعة، لا يمكن أن نعده رأيا يعتد به، لأنه ليس لديه أي دليل تقلي أو عقلي يعتمد عليه، وإنما هي مجرد نصوص عامة لا يصح الاحتجاج بها في هذه المسألة. وعليه فإن ما ذهب إليه جمهور العلماء هو الراجح والصحيح نقلا وعقلا، وهو الذي انعقد عليه الإجماع. وإذا كانت الشفعة قد تبدو متنافية مع مبدأ حرية التصرف وقاعدة الرضا في انتقال الملك، فهذا استثناء دعت إليه المصلحة، لأن ما قد يصيب البائع أو المشتري من ضرر بسببها، ليس أكثر مما يصيب الشفيع في صرف الصفقة عنه. لأن المشتري كان في غنى عما اشتراه، ولا يضره انتقال الملك إلى من هو أحق به، والبائع قد أخذ ما يرغب فيه من بدل ولا يضره إن لم تكن إرادته مطلقة في تصرفه، أما الشفيع فقد يصيبه ضرر الشركة، أو ضرر القسمة، أو ضرر سوء الجوار، فضلا عن تقويت مصلحة تقليل الشبوع، وجمع ما تفرق من الملك.

## الفرع الثاني: حكمة الشفعة

من المقرر الثابت في الإسلام أنه "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(2)</sup>. كما نطق بذلك المعصوم - صلى الله عليه وسلم - وأن الضرر يزال، كما هو مقتضى القواعد الفقهية، ولما كانت الشركة مصدر الضرر في الغالب، والخلطاء ينبغي بعضهم على بعض، شرع الله سبحانه وتعالى، رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفصال الشريكين عن بعضهم، وبالشفعة تارة أخرى واستحواذ أحد الشريكين بالجملة، حيث يصل البائع إلى نصيبه بالثمن، ويستبد الشفيع بالثمن كله.

ومع أن الفقهاء متفقون على وجوب رفع الضرر، اختلفوا في الضرر الذي قصد الشارع رفعه من وراء تشريع الشفعة على ثلاثة مذاهب.

أولا: ذهب المالكية<sup>(3)</sup> في المشهور عندهم والشافعية<sup>(4)</sup> إلى أن الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة هو الضرر اللاحق بالقسمة، لأن المؤنة اللاحقة بالقسمة لا يمكن دفعها إلا بالشفعة. أما سوء المعاشرة فيمكن دفعها بالسلطان فصار مقدورا على دفعه بغير الشفعة<sup>(5)</sup> "ولأن كل واحد من الشريكين إذا طالب شريكه بالقسمة

<sup>(1)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج 2، ص 142.

<sup>(2)</sup> رواه مالك في الموطأ، المرجع السابق، ص 638، كتاب القضاء. وقد طعن ابن حزم في سند هذا الحديث وإن أقر بصحة معناه. المحلى، المرجع السابق، ج 8، ص 241. غير أن ما يؤكد صحة هذا الحديث أنه يقعد قاعدة من قواعد هذا الدين تشهد لها كليات وجزئيات، كما قال ذلك الشوكاني في نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 5، ص 387.

<sup>(3)</sup> عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 196. - حاشية العدوي، على شرح الإمام أبي الحسن المسمى "كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني" ج 2، ص 296، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

<sup>(4)</sup> الشريبي، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 296. - شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج 5، ص 194.

<sup>(5)</sup> المناوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 8، 10.

كان عليه في ذلك من المؤنة والكلفة والغرامة والضيق في مرافق المنزل ما هو معلوم، فإنه قبل القسمة ربما ارتفق بالدار والأرض كلها، وبأي موضع شاء منها، فإذا وقعت الحدود ضاقت به الدار، وقصر على موضع منها. وفي ذلك من الضرر عليه ما لاخفاء به، فمكته الشارع بحكمته ورحمته من رفع هذه المصرة عن نفسه بأن يكون أحق بالمبيع من الأجنبي الذي يريد الدخول عليه، وحرّم الشارع على الشريك أن يبيع نصيبه حتى يعرضه على شريكه، فإن باع ولم يعرضه فهو أحق به<sup>(1)</sup>.

- ويرى الباجي من المالكية أن الضرر الذي قصد الشارع رفعه بتشريع الشفعة ليس ضرر القسمة على الإطلاق، لأن في القسمة ما لا ضرر فيه كقسمة اليسير من الموزون والمكيل والمعدود، وإنما الضرر المراد رفعه هو ضرر مؤونة القسمة التي تختص بقسمة الدور والأراضين، فإنه يقسمها غالباً خبءاً ومحتصون بعلم ذلك، وذلك يحتاج إلى أجرة وتكاليف، أما سائر الأشياء فإن قسمتها لا تختص بقسام معين<sup>(2)</sup>.

ثانياً: وذهب أهل الظاهر<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> وقول آخر عند المالكية<sup>(5)</sup> إلى أن الشفعة شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشركة، فإذا كان شريكين في عين من الأعيان بآرث أو هبة أو وصية أو ابتاع أو نحو ذلك، لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر. فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي، إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه، فإنه يصل إلى حقه من الثمن، ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع، فيزول الضرر عنهما جميعاً<sup>(6)</sup>.

ثالثاً: وذهب الحنفية<sup>(7)</sup> إلى أن الضرر الذي قصد الشارع رفعه بتشريع الشفعة، هو ضرر سوء الجوار والشركة في العقار والأرض، لأن العلة الموجودة في الشركة موجودة في الجار. إذ الجار يسمى الجوار غالباً، أو كثيراً، فيعلي الجدار ويتبع العثار، ويمنع الضوء، ويشرف على العورة، ويطلع على العثرة، ويؤذي جاره بأنواع الأذى، ولا يأمن جاره بوائقه، وهذا مما يشهد به الواقع<sup>(8)</sup>. ثم إن الحكم بالشفعة ثبت في الشركة لإفصائها إلى ضرر المجاورة فإنهما إذا اقتسما تجاوراً، ولأنه ملك يدوم ويتأبد فثبتت الشفعة به كالشركة<sup>(9)</sup>.

(1) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص139.

(2) أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج6، ص200، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1403هـ، 1983م.

(3) ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص84.

(4) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص466.

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص476، دار الفكر للطباعة والنشر. - عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص188.

(6) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص140.

(7) برهان الدين بن عبد الجليل الرشدان المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج4، ص24، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

(8) التمرحسي، المنسوخ، المرجع السابق، ج14، ص91. - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص143.

(9) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص462.

- ويبدو لي أن الضرر الذي قصد الشارع رفعه بتشريع الشفعة هو كل ما يصح عليه اسم الضرر، سواء كان ضرر القسمة، أو ضرر الشركة، أو ضرر سوء الجوار، أو ضرر تفويت مصلحة تقليل الشيوخ وجمع ما تفرق من الملك .

## المطلب الثالث : التكيف الفقهي والقانوني للشفعة .

بعدما تعرفنا على الشفعة وحكمها وحكمتها في المطلبين السابقين، ننظر في هذا المطلب كيف كيفها رجال الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، وذلك في فرعين اثنين. الأول: تكيف الشفعة لدى رجال الفقه الإسلامي. والثاني: تكيفها في القانون الوضعي .

### الفرع الأول : تكيف الشفعة لدى الفقهاء المسلمين .

تبين لنا في حكمة الشفعة أنها شرعت لدفع ضرر الشركة أو سوء المعاشرة في الجوار . وعليه فيمكننا أن نقول: إن الشفعة ليست من الحقوق المقررة،<sup>(1)</sup> بل هي من الحقوق المجردة، وهي التي شرعت لدفع الضرر، ولا تترك أثرا بالتنازل عنها، بل يبقى محل الحق بعد التنازل كما كان قبل التنازل، مثل حق الدين، فإن الدائن إذا تنازل عن دينه صلحا أو إبراء كانت ذمة المدين بعد التنازل هي بعينها قبل التنازل. وكذلك حق الشفعة إذا أسقط الشفيع حقه في الشفعة، كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة هي بعينها قبل التنازل.<sup>(2)</sup>

وبما أن الشفعة من الحقوق المجردة أو المحضة، وهي التي لا تقوم بالمال، ولا يستعاض عنها بالمال،<sup>(3)</sup> فقد اتفق الفقهاء على أن الشفيع لا يطالب بالعقار المشفوع فيه إلا لملكه. فلو اتخذ من حقه في الشفعة وسيلة للمضاربة أو المتاجرة أو المساومة، فإن ذلك لا يجوز ويسقط حقه. فإذا ثبت أن الشفيع تواطأ مع أجنبي على أن يقدم له المال اللازم ليأخذ بالشفعة، ثم يبيع له العقار المشفوع فيه، أو يأخذ جزءا من العقار المشفوع فيه، أو يأخذ بالشفعة ليقدّم العقار المشفوع فيه لغيره مقابل جعل معين . فإنه لا يحق له أخذ شيء من هذا المال لأنه من باب أكل أموال الناس بالباطل<sup>(4)</sup> . جاء في المدونة: "أرأيت إن اشتريت شقصا من دار مشتركة فأتى رجل إلى الشفيع فقال: خذها بشفعتك ولك مائة دينار رجحا أرجحك فيها . قال: قال مالك: لا خير في هذا ولا يجوز"<sup>(5)</sup> .

- وكذا لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار ليهبه أو يتصدق به، لأن هذا خلاف مورد الشفعة، فقد شرعت لدفع الضرر عن الشريك<sup>(6)</sup> . ولكن بعد أن يثبت حق الشفيع ويستقر، سواء تم ذلك بالتراضي أم بالتقاضي، فله

<sup>(1)</sup> الحقوق المقررة: هي التي تثبت لصاحبها ابتداء وتترك أثرا بالتنازل عنها، كحق القصاص، فإن العفو عنه يغير الحكم فيصير القاتل معصوم الدم بعد ما كان مباح الدم. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص21 .

<sup>(2)</sup> وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج4، ص21 .

<sup>(3)</sup> بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ص138، دار القلم القبة، الجزائر، الطبعة الأولى بالجزائر، 1413هـ - 1993م .

<sup>(4)</sup> الخرشبي شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص166 . - حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ج2، ص232 .

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد5، ص418 .

<sup>(6)</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص478 . - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص452 .

أن يتصرف في ملكه كما يشاء، بالبيع والهبة والصدقة وغيرها، ولا يشترط أن يشفع ليحفظ الملك المشفوع فيه لنفسه .

- وكذا لا يجوز له الأخذ بالشفعة حتى ولو كان غرضه التملك والاحتفاظ بهذا الملك لنفسه إذا لم يكن له قصد من وراء أخذ الشفعة سوى إضرار المشتري<sup>(1)</sup> لأن تصرفه هذا يعد تعسفا في استعمال الحق .

\* وقد اختلف الفقهاء في حالة تنازل الشفيع عن حق الشفعة في مقابل مبلغ من المال . فذهب المالكية<sup>(2)</sup> إلى أنه بعد شراء المشتري يجوز للشفيع أخذ مال من المشتري أو من غيره ليستقط حقه في الشفعة، لأنه إسقاط حق بعد وجوبه، فجاز أخذ العوض عنه .

وخالف جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> في ذلك وقالوا : لا يجوز أن يصلح الشفيع المشتري على مال يأخذه عوضا عن ترك الشفعة، فإن تم، فالصلح باطل والعوض مردود وتسقط الشفعة . لأن حق الشفعة خيار لا يجوز الاعتياض عنه بالمال كخيار الشرط . ولأنه لا حق للشفيع في محل الصلح، وإنما الثابت له حق التملك، وهذه عبارة عن ولاية له، وأنها معنى قائم بالشفيع فلا يصح الاعتياض عنه . وبعبارة أخرى فإن حق الشفعة هو حق الشفيع في أن يملك، وذلك ليس بحق ثابت في المحل، فأخذ عوض عنه أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وهذا لا يجوز .

ويدوي أن رأي الجمهور هو الراجح والمعقول، لأن الشفعة لوحظ فيها أنها نوع سلطة شرعت لتنظيم الملكية العقارية، ودفع ضرر الشركة وسوء الجوار وهذا لا يحصل إلا باستعمال الحق نفسه، ولم يشرع حق الشفعة للاسترباح والاستغلال، فليس لصاحب الحق إلا استعماله أو تركه<sup>(6)</sup> .

- وإذا كان هناك اتفاق بين الفقهاء على أن الشفعة من الحقوق المجردة باعتبار محلها، فقد رأى البعض منهم أنها بيع من حيث صفتها<sup>(7)</sup> . فإذا كان البيع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، وينقل ملكية الثمن إلى البائع، فإن الشفعة تنقل ملكية المبيع إلى الشفيع، فهي إذن بمنزلة البيع الجديد بعد أن تم البيع الأول للمشتري . وهي بهذا المعنى تعتبر سبب من أسباب نقل الملك، وإن كانت ليست سببا اختياريا، بل تعد من أسباب نزع الملك بغير رضا صاحبه، جبرا عنه في سبيل دفع الأذى عن غيره<sup>(8)</sup> .

<sup>(1)</sup> الخرشى شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص167 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص478 .

<sup>(2)</sup> عيش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص200، 201 . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص478 .

<sup>(3)</sup> الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص21 . - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص118 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص25 . - النووي، المجموع شرح المذهب، ج14، ص330، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص482، 483 .

<sup>(6)</sup> د، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج3، ص120، الطبعة العاشرة، 1387هـ، 1968م، دار الفكر .

<sup>(7)</sup> أطفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج11، ص378 . - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج5، ص161، دار صادر بيروت، لبنان .

<sup>(8)</sup> محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص150، دار الفكر العربي القاهرة

غير أن الملاحظ أن الشفعة يتنازعها جانبان،<sup>(1)</sup> جانب الاستحقاق، وجانب البيع، فهي من جهة استحقاق لأن الشفيع جعل له الشارع سلطان أخذ المبيع بغير رضا المشتري، فهو عقد لازم لا خيار للمشتري فيه بعد تحقق سببه. فينفذ بالثمن الأول في قدره وصفته، فالشفيع إذن مساو<sup>(2)</sup> للمشتري فيما دفعه عوضاً عن البيع. ومن جهة أخرى فالشفعة بيع يثبت بها ما يثبت بالبيع من تسليم المبيع وقبض الثمن، والرد بالعيب، وخيار الرؤية والشرط، وضمان رد المبيع إذا استحق المبيع.

ويدوي أن جانب البيع في الشفعة ضعيف، لأن البيع نقل ملك بعوض عن مرأضة، أما الشفعة فهي نقل ملك بغير مرأضة، ولا يملك الشفيع بها إلا ما تناوله العقد<sup>(3)</sup>. وعليه فيمكنني أن أقول إن الشفعة استحقاق تسري عليه أحكام البيع.

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقاء أن الشفعة من الحقوق شبه العينية، لأن فيها شيء من العينية وإن لم يكن فيه معناها كمالاً، مؤيداً في ذلك الأستاذ شفيق شحاتة صاحب هذه التسمية، وهو كما يعبر الفقهاء حق الشخص في أن يملك. جاء في الدرر "والحق غير منحصر في الملك، بل حق التملك أيضاً حق". كحق الشفعة وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها، وحق الجني عليه في العبد الجاني. ففي هذه الأحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق في أن يطالب بالشيء عيناً ولولم يعتبر مالكا له بعد، وله أيضاً أن يتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها<sup>(4)</sup>.

ويعتبر القرافي الشفعة من باب "من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك" في مقابل "من ملك أن يملك" ولا يسلم أن يكون الثاني مالكا من غير قيد لضعف المناسبة جداً، أو لعدمها البتة. ويجعل الأول مالكا من حيث الجملة تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب<sup>(5)</sup>.

وما ذهب إليه القرافي قاله أيضاً ابن قدامة الحنبلي فقد جاء في المغني<sup>(6)</sup> "إن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفعة أو قبل علمه فتصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يملكه

<sup>(1)</sup> اختلف القول عند المالكية هل الشفعة استحقاق كما قال القرضيون، أم أنها بيع كما قال الطليطيون، وقد ذهب الخراسي بعد أن حكى القوايين إلى أن المذهب المالكي يرى أن الشفعة بيع. انظر الخراسي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 179. - عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج 7، ص 237. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 3، ص 493، 494.

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج 6، ص 206.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 57.

<sup>(4)</sup> مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج 3، ص 47، 48.

<sup>(5)</sup> يميز القرافي بين القاعدتين بوضوح، فيرى أن القاعدة الثانية باضلة، ولا يمكن أن يتخيلها من له أدنى مسكة من العقل والفق، لأن من كانت له القدرة على أن يملك أربعين شاة، أو له القدرة على الزواج، أو له القدرة على أن يكون له خادماً أو دابة، أو له القدرة على أن يشتري أقاربه إذا كانوا عبيداً، فلا يعتبر مالكا كونه قادراً. ومن ثم فلا تجب عليه الزكاة في المثال الأول، ولا الصدقة ولا النفقة في المثال الثاني، ولا الكلفة ولا المنونة في المثال الثالث، ولا العتق والتحرير في المثال الرابع.

أما من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالملك، كما في حيازة الغنيمة بالنسبة للمجاهدين، وفي بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع، والفقير والقاضي، والمنفي، وغيرهم ممن هم صفة موجبة للاستحقاق من بيت المال، فهؤلاء جميعاً على خلاف في الرأي بين الفقهاء، لا يملكون بمجرد السبب الذي يقتضي المطالبة بالتمليك، فاجتهد لا يملك الغنيمة إذا حيزت إلا بالقسمة، والشفيع لا يملك الشفيع المبيع إلا إذا أخذ بالشفعة، والفقير والقاضي والمنفي وغيرهم ممن هم صفة الاستحقاق لا يملكون شيئاً من بيت المال، إلا إذا طالبوا فأعطوا، وقبل ذلك إذا سرق واحد ممن هؤلاء، وجب عليه الخدم. انظر شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي، المشهور بالقرافي، الفروق، ج 3، ص 20، 21، الفرق 121. وتهديب الفروق، ج 3، ص 34 دار المعرفة، بيروت، لبنان.

<sup>(6)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 488.



عليه و ذلك لا يمنع من تصرفه . . . . . وقاله أيضا المرغيناني من الحنفية فقد جاء في الهداية<sup>(1)</sup> " حق الشفعة ليس بحق مقرر في المحل بل هي مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه . . . . ."

ولو أردنا أن نترجم كلام هؤلاء الفقهاء بلغة القانون اليوم، لقلنا من ملك أن يملك هذه رخصة التملك. ومن جرى له سبب يقضي المطالبة بالتمليك فهذه هي المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك. كما سماها العلامة السنهوري، وهي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق<sup>(2)</sup>. وهي التي سماها الفقيه الألماني فون تورر VON TUHR، الحق المنشئ ويعرفه بأنه " مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص يحدث أثرا قانونيا بمحض إرادته . . . . ."<sup>(3)</sup>.

وخلاصة القول: فإن الشفعة باعتبار الخلل فهي حق مجرد. وباعتبار الصفة فهي استحقاق تسري عليه أحكام البيع. أما هل الشفعة حق أم رخصة، فقد تبين لي أنها منزلة وسطى بين الحق والرخصة .

## الفرع الثاني: تكييف الشفعة في القانون الوضعي .

اختلفت اجتهادات رجال القانون الوضعي في تكييف الشفعة .

ف رأى البعض أنها حق عيني، وذلك لتكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، ولم يكونوا في حاجة إلى مثل هذا التكييف لترتيب هذه النتيجة لأنه يكفيهم أن يقولوا: إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه لترتيب هذه النتيجة، لأن دعوى الشفعة وهي الدعوى التي يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه. والمطالبة بحق الملكية على عقار تقوم على أسباب مختلفة، فقد يطالب شخص بحق الملكية مستندا إلى عقد أو إلى ميراث أو إلى وصية، والشفيع يطالب بحق الملكية مستندا إلى حق الأخذ بالشفعة ثم إن الشفيع يطالب بملكية العقار المشفوع فيه، فهو لا يطالب بالشفعة، وإلا كانت الشفعة حقا مستقلا عن حق الملكية.

وعليه فإذا قلنا إن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه، بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة. تين بوضوح أن الشفعة دعوى يطالب فيها المدعي بملكية عقار، فهي إذن دعوى عقارية، وما دامت دعوى عقارية فهي ترفع أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، كما هو صريح المادة 802 من القانون المدني الجزائري، والمادة 943 من القانون المدني المصري<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص38 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، ص9 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج1، ص10 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص197، 198 .

ورأى آخرون أن الشفعة حق شخصي قاصدين بذلك أنها حق لصيق بشخص الشفع، ومن ثم فلا تورث، ولا تنتقل بالحوالة، ولا يجوز لدائني الشفع أن يستعملوها باسمه. ولم يكونوا هم أيضا في حاجة إلى معارضة صفة العينية بصفة الشخصية، إذ معنى الشخصية الذي قصدوا إليه لا يتعارض مع معنى العينية .

ويرى الأستاذ السنهوري<sup>(1)</sup> أن الشفعة ليست بحق أصلا، لاشخصي ولاعيني، بل هي سبب لكسب الحق. فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار، أو حقا عينيا على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة، والفرق واضح بين الحق نفسه، وسبب من أسباب كسبه.

والشفعة باعتبارها سببا لكسب الحقوق العينية، واقعة مركبة من واقعتين، واقعة مادية وتصرف قانوني، فالواقعة المادية مكونة من واقعتين اثنتين هما: ارتباط بين العقار المشفوع فيه، والعقار المشفوع به بالشفوع أو بالجوار، وبيع العقار المشفوع فيه. أما التصرف القانوني فهو إعلان الشفع إرادته في الأخذ بالشفعة. هذه الوقائع الثلاث الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم فيمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية .

ويذهب الأستاذ السنهوري خطوة أبعد في هذا التكييف فيقول<sup>(2)</sup>: إن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة، فمن وجه إليه إيجاب تهيأ له مركز قانوني بتوجيه الإيجاب إليه. فيستطيع بإرادته المنفردة قبول هذا الإيجاب فيكسب بذلك حقا شخصيا . ومن كان شريكا مشاعا في منقول أو في مجموعة من المال، وباع أحد شركائه حصته في المال الشائع، تهيأ له مركز قانوني يستطيع به أن يسترد بإرادته المنفردة الحصة المبيعة وهذا هو حق الاسترداد. ومن كان شريكا مشاعا في عقار، أو جارا مالكا لعقار، وبيعت حصة شائعة في العقار، أو بيع عقار مجاور للعقار الذي يملكه تهيأ له بذلك مركز قانوني، يستطيع به أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة، أو في العقار الجاور، وهذه هي الشفعة.

فالشفعة إذن تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تهيأ أسبابه للشفيع، فيكون شريكا مشاعا في عقار أو مالكا لعقار، وتباع حصة شائعة في العقار، أو يباع عقار مجاور للعقار الذي يملكه، وهنا ينشأ المركز القانوني، ويكون للشفيع رخصة في أن يملك العقار المشفوع فيه .

فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك، إلا بقيام مركز قانوني معين، تهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع ليس حق الملك، بل الحق في أن يملك. فإذا أعلن إرادته في الأخذ بالشفعة، وهذه إرادة منفردة، أي تصرف قانوني صادر من جانب واحد تكاملت عناصر الشفعة، باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، فيتملك الشفع العقار المشفوع فيه، ويتحول حقه في أن يملك هذا العقار إلى حقه في ملكيته، وذلك عن طريق حلوله محل المشتري<sup>(3)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص447 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص448 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص449، 451 .

## المبحث الثاني النتائج المترتبة على تكييف الشفعة الفقهي والقانوني

تمهيد : تبين لنا مما سبق أن الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة، وليست حقا كاملا، بل هي سبب من أسباب الملك، وإن لم تكن سببا اختياريا. كما تبين لنا أيضا أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشريك الجديد عن الشريك القديم، أو دفع سوء معاشرة الجوار. ولاشك أن تقدير الضرر المحتمل من الشريك الجديد، أو تقدير سوء المعاشرة المحتملة من الجار الجديد، هو تقدير شخصي. ولذا ترك حق أخذ الشفعة أو تركها للشفيع، وقد ترتب عن كون الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع، نتائج معينة منها :

- عدم انتقال الشفعة بطريق الحوالة إلى الغير لأنها رغبة الشفيع وإرادته، واختياره وتقديره، ولأنها تتبع العقار المشفوع فيه فلا تنفصل عنه، فإذا أراد الشفيع أن ينقل حق الشفعة إلى الغير وجب عليه أولا أن ينقل العقار المشفوع به إلى هذا الغير، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار<sup>(1)</sup>.

- ومنها عدم جواز استعمال الشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة<sup>(2)</sup> من طرف دائنيه، لأن الشفعة رخصة وليست حقا. ومن الثابت في قواعد الدعوى غير المباشرة، أنه لا يجوز للدائنين استعمال ما لمدينهم من رخص. ولأن الشفعة متصلة بشخص الشفيع فهو وحده الذي يقرر الأخذ بها أو الترك، وليس لغرمائه أن يرغموه على ذلك<sup>(3)</sup>. ومن المقرر في قواعد الدعوى غير المباشرة أيضا، أنه لا يجوز للدائنين أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة. كالحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا تدخل في الضمان العام، فلا يجوز استعمال حق الطلاق أو اللعان أو النسب، رغم أنه قد يزيد أو ينقص من نفقة المدين. وكذلك الحق المتصل بشخص المدين إذا قام على اعتبارات أدبية كحق الواهب في رجوع الهبة، وحق المؤلف في نشر مؤلفه، أو إعادة نشره<sup>(4)</sup>.

وفي هذه المسألة نجد اتفاقا بين الفقه والقانون، فقد جاء في المدونة<sup>(5)</sup> : "ولقد سئل مالك عن رجل عليه دين وله شريك في دار، فباع شريكه حصته فقام عليه غرماؤه فقالوا: له خذ شفعتك فإن فيها فضلا، وقال: لا آخذ. فقال: له الغرماء: أنت مضار، ونحن نأخذ إذا كانت لك الشفعة فإن فيها فضلا نستوفيه. قال مالك: ذلك للشفيع إن شاء أن يأخذ وإن شاء أن يترك وليس للغرماء هاهنا حجة". وجاء في المغني<sup>(6)</sup> : "وأما المفلس فله

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص453.

<sup>(2)</sup> الدعوى غير المباشرة: هي الدعوى التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه، للمطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير، إلا ما كان منها متصلا بشخصه أو كان رخصة، أو غير قابل للحجز أو متقلا لحد الاستعراق، أو حقا يباشره المدين عن غيره، إذا أثبت الدائن أن عدم استعمال المدين هذه الحقوق من شأنه أن يسبب إعساره، أو يزيد في إعساره. وقد نظم القانون المدني الجزائري هذه الدعوى في المادتين 189، 190. انظر، د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ص276، 277، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة سنة، 1983.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص452.

<sup>(4)</sup> د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص277.

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المجلد الخامس، ص418، دار صادر.

<sup>(6)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص499. والشرح الكبير على هامش المغني، ج5، ص489. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص309. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص219.

الأخذ بالشفعة والعتو عنها وليس لغرمائه الأخذ بها . لأن الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها، ولا إجبار على الأخذ بها، لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات، وليس لهم إجباره على العفول لأنه إسقاط حق فلا يجبر عليه سواء كان له حظ في الأخذ بها أو لم يكن، لأنه يأخذ في ذمته، وليس بمحجور عليه في ذمته .  
والذي يستوقفنا في هذا المبحث مسألتان، الأولى : مسألة التنازل عن الشفعة . والثانية: مسألة توريث الشفعة . ونعالجها في مطلبين اثنين تباعا .

## المطلب الأول : التنازل عن حق الشفعة .

تبدو الشفعة كأنها قيد على مبدأ حرية التعاقد، لأن المشتري إذا علم أنه قد يؤخذ منه ما اشتراه بالشفعة فإنه لا يشتري، وهذا يؤدي إلى عدم إقبال المشتري على الشراء، ومن ثم انخفاض قيمة العقار المالية لقلّة الطالين له، فهل يجوز تقاديا لهذا الإشكال، أن يتنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة، ولو قبل البيع حتى يقوم المشتري بالشراء وهو مطمئن إلى لصفقته . لتوضيح هذه المسألة نميز بين موقف الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، ويكون ذلك في فرعين اثنين .

## الفرع الأول : موقف القانون المدني الجزائري .

لقد أجاز المشرع الجزائري للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، سواء قبل البيع أو بعده صراحة أو ضمنا، وهذا حسبما ورد في المادة 807 / 1 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها " لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع " وهي تقابل المادة 948 من القانون المدني المصري .

إن هذا الجواز من القانون المدني الجزائري مخالف للقواعد العامة التي تقضي بأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل ثبوته، فلا يجوز للشفيع أن ينزل عن هذا الحق قبل بيع العقار المشفوع فيه، غير أن المشرع الجزائري يبدو أنه أراد أن يضيق من هذا الحق حتى يستطيع المشتري أن يقدم على الشراء وهو مطمئن لصفقته .

ويكون النزول الصريح عن حق الشفعة سواء قبل ثبوت الحق أو بعده ، بأن يجيب الشفيع على الإنذار الذي يوجه له البائع أو المشتري،<sup>(1)</sup> بأنه لا يرغب في الشفعة، وتكون إجابته بالكتابة الرسمية أو العرفية أو حتى شفاهاً . وعلى من يتمسك بهذا النزول من البائع أو المشتري، تقع عبء الإثبات بكافة الطرق<sup>(2)</sup> .

أما النزول الضمني عن حق الشفعة، فيكون بأي عمل يصدر من الشفيع يدل قطعاً أنه نزل عن حقه . كأن يعترف بملكية العقار للمشتري، ويتعامل معه على هذا الأساس، فيشتره منه أو يرهنه، أو يأخذ عليه حق اختصاص، أو يطلب قسمته إن كان شائعاً، أو يتفق معه على حقوق ارتفاق، أو يستأجر الشفيع من المشتري

<sup>(1)</sup> كما ورد في المادة 799 من القانون المدني الجزائري .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 455 .

العقار المبيع، أو كان يشهد على تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير دون تحفظ منه، أو يكون وكيلًا عن المشتري، أو وكيلًا عن البائع<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني : موقف الفقه الإسلامي .

اتفقت كلمة الفقهاء المسلمين على جواز إسقاط حق الشفعة بعد البيع<sup>(2)</sup>، فهو حق ثبت للشفيع فله التصرف فيه كما يشاء، بالأخذ أو الإسقاط كسائر الحقوق التي يملكها . أما تنازل الشفيع عن حق الشفعة قبل البيع، فقد اختلف فيه الفقهاء على مذهبين اثنين .

و نوضح تنازل الشفيع عن الشفعة سواء قبل البيع، أو بعده في بندين اثنين .

### البند الأول : التنازل عن الشفعة بعد البيع .

ويكون التنازل عن الشفعة بعد البيع إما صراحة أو دلالة .

أولاً : التنازل عنها صراحة : ويتم ذلك بأن يقول الشفيع أسقطت حقي في العقار المشفوع فيه، أو يقول أبطلت شفيعتي أو نحو ذلك من العبارات الصريحة في ترك الشفعة . وذلك لأن شرط الشفعة عدم الرضا بالدخيل جارا أو شريكا . ولأن الشفعة خالص حقه، فله أن يتمسك به، وله أن ينزل عنه، وإذا تنازل سقطت الشفعة، والساقط لا يعود إلا بسبب جديد، و شرط الإسقاط بهذا النوع الصريح أن يكون بعد البيع<sup>(3)</sup> .

ثانياً : التنازل عنها دلالة أو ضمناً<sup>(4)</sup> : ويتحقق ذلك بأقوال وأفعال يأتيا الشفيع دالة على رضاه بحكم عقد البيع وثبوت ملك المشتري فيه، ومنها :

1 - إذا حضر الشفيع عقد البيع وشهد على ذلك وكتب خطه في الوثيقة، فإن شفيعه تسقط بعد مضي شهرين من سكوته وعدم المطالبة بها . أما إذا لم يحضر عقد البيع، أو حضر ولم يكتب شهادته فإن شفيعه لا تسقط إلا بعد مضي سنة<sup>(5)</sup> .

2 - إذا سكت الشفيع بغير مانع عن طلبه أخذ الشفعة، مع علمه أن المشتري قد أحدث هدما أو بناء أو غراسا في الشقص الذي اشتراه، سقطت الشفعة . لدلالة السكوت عن إعراضه عن الأخذ بالشفعة<sup>(6)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص457 .

<sup>(2)</sup> الخرشبي، المرجع السابق، ج6، ص174 . - عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص221 . - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص12 . - السرخسي، المسوط، المرجع السابق، ج14، ص154 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص182 . - أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص439 .

<sup>(3)</sup> محمد أبو زهرة، الملكية والعقد في الشريعة الإسلامية، ص175، دار الفكر العربي القاهرة .

<sup>(4)</sup> لا يعترف ابن حزم الظاهري بالقول الضمني، ويرى أن الشفعة ثابتة أبدا ولو بعد ثمانين سنة أو أكثر، حتى يتزل عنها الشفيع نزولا صريحا. انظر المحلى، المرجع السابق، ج9، ص89، 90 .

<sup>(5)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص172 .

<sup>(6)</sup> أبو عبد الله أنوار، اثنان والإكليل لمختصر خليل، مطبوع على هامش مواهب الخليل للحطاب، المرجع السابق، ج5، ص321 .

3 - إذا طلب الشفيع من المشتري قسمة العقار المشفوع فيه إذا كان شائعا، سواء كانت القسمة في الذات أو المنفعة. أو طلب الشفيع من المشتري شراء العقار، أو استجاره، أو مساقاته، ولو جهل أن ذلك يسقط شفيعته. لأنه يدل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة، ولا يعذر بجمله للحكم الشرعي<sup>(1)</sup>.

4 - إذا باع الشفيع حصته قبل أخذه بالشفعة، سقط حقه لأنه لم يبق له حصة في العقار المشترك، وزال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، بل ويصير للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني<sup>(2)</sup>. وقال بعضهم إن باع غير عالم بالشفعة فهي ثابتة له، وهو رأي مرجوح. لأن الشفيع باع وهو راغب في البيع، والشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، وقد باع نصيبه فلا ضرر عليه<sup>(3)</sup>.

هذا إذا باع النصيب كله، أما إذا باع بعض نصيبه ففيه قولان<sup>(4)</sup>. أحدهما: سقوط الشفعة لأنها استحققت بجمعها، فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق الشفعة فيسقط باقيا لأنها لا تتبع، فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالنكاح والرق، ولو عفا عن بعضها. الثاني: لا تسقط لأنه قد يبقى من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد.

5 - إذا كان الشفيع وكيلًا عن البائع فيما باع، أو وكيلًا عن المشتري فيما اشترى، وفي هذا ثلاثة آراء. الأول: لا تسقط الشفعة مطلقا سواء كان الشفيع وكيلًا عن البائع أو وكيلًا عن المشتري. وهو ظاهر مذهب الشافعي والحنابلة والراجح في مذهب المالكية<sup>(5)</sup>. الثاني: إذا كان وكيلًا عن البائع تسقط شفيعته، أما إذا كان وكيلًا عن المشتري فلا تسقط. إذ وكيل البائع تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به، بخلاف وكيل المشتري. وقال بهذا بعض الشافعية وبعض الحنابلة وبعض المالكية. الثالث: إذا كان وكيل المشتري سقطت شفيعته كما سقطت شفعة وكيل البائع، وقال بهذا الحنفية بناء على أصلهم أن الملك ينتقل إلى الوكيل فلا يستحق الشفعة على نفسه<sup>(6)</sup>.

6 - إذا أنكر المشتري الشراء تسقط الشفعة، لأن الأخذ بها لا يكون إلا بعد ثبوت الملك للمشتري، والحال أنه منكر للشراء فلا شفعة للشفيع عليه. ولا يلزم من إقرار البائع بالبيع ثبوت الشراء لإنكار المشتري له، فلو نكل المشتري حلف البائع<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص223. - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير مطبوع على هامش المغني، المرجع السابق، ج5، ص481. - الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص21. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص319. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص154. - أظفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص436، 437.

<sup>(2)</sup> عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ج2، ص113. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص26. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص330، 331.

<sup>(3)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص218. - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص262، دار المعرفة بيروت لبنان، الطبعة السادسة، 1403هـ، 1983م.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص483، 484.

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص419. - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص324. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص27. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص542.

<sup>(6)</sup> عبد الغني الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص113. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص190.

<sup>(7)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص173.

7 - أن يمضى من طول لأمد ما يرى أنه تارك للشفعة، وفي هذا الصدد تفرق بين حالين، حالة الحاضر وحالة الغائب<sup>(1)</sup>.

أولاً: حالة الحاضر: إنه إن أنكر علمه بالبيع، فإنه يصدق بيمينه، ولا تسقط شفعته، لأن الأصل عدم العلم. أما إن علم بالبيع ولم يطالب بالشفعة، فقال أبو حنيفة إذا لم يشهد ولم يطلب بعد علمه بالبيع فقد سقطت شفعته، وقال أبو الحسن إذا سكت بعد الإشهاد شهراً ولم يطلب بطلت الشفعة<sup>(2)</sup>. وقال الحنابلة من آخر المطالبة عن وقت العلم بالبيع لغير عذر بطلت شفعته، وإن أخرها لعذر لم تبطل<sup>(3)</sup>. وورد عن مالك عدة روايات، فقال مرة تسقط شفعته بعد مضي سنة، وقيل بعد سبعة، وقيل بعد شهرين، وفي رواية أخرى لم يحدد المدة<sup>(4)</sup>.

ثانياً: حالة الغائب: إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته، لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال، فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه، كالرد بالعيب. ويندفع ضرر المشتري بإيجاب القيمة له، ومتى علمه فحكمه في المطالبة حكم الحاضر. أما إذا علم بالبيع وهو غائب وقدر على الإشهاد والمطالبة ولم يفعل فإن شفعته تسقط. وهو ظاهر كلام أحمد ووجه للشافعي. لأنه كإثبات الطلب مع حضوره<sup>(5)</sup>. وقال أصحاب الرأي إن سار عقب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته. لأن ظاهر سيره للطلب وله من الأجل بعد العلم قدر السير. فإن مضى الأجل قبل أن يشهد أو يطلب بطلت شفعته.

- لم يفرق القانون المدني الجزائري بين حاضر وغائب، بل حدد مدة ثلاثين يوماً بعد علم الشفيع بوقوع البيع، يضاف لها مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك<sup>(6)</sup>. فمن تأخر عن هذه المدة سقطت شفعته. وهذا أفضل وأحسن في وقتنا اليوم نظراً لسهولة الاتصالات السلكية واللاسلكية، وسرعة المواصلات البرية والبحرية والجوية، حتى أصبحت الدنيا قرية واحدة، بل قل بيتاً واحداً بفعل شبكة الأنترنت.

## البند الثاني : التنازل عن الشفعة قبل البيع .

إذا عرض البائع أو المشتري العقار المبيع قبل البيع على الشفيع فقال: قد أذنت في البيع، أو أسقطت شفعتي، أو أبطلتها، أو عفوت عنها أو لا أرغب فيها. فهل إذنه وعفوه هذا له أثر في سقوط حقه في الشفعة بعد تمام البيع؟

<sup>(1)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص262. - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص322.

<sup>(2)</sup> الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص19. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص28.

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص479.

<sup>(4)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص172. - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص209.

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص486، 487.

<sup>(6)</sup> انظر المادة 799 من القانون المدني الجزائري

اختلف العلماء في هذه المسألة على مذهبين . مذهب جمهور العلماء منهم المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنفية<sup>(3)</sup> ورواية عن أحمد<sup>(4)</sup> وقول عند الإباضية والهادوية وابن أبي ليلى، ورأيهم أن الشفعة لا تسقط وللشفيع المطالبة بها بعد البيع .

ومذهب ابن حزم<sup>(5)</sup> ورواية عن أحمد وطائفة من أهل الحديث والمختار عند الإباضية<sup>(6)</sup> والحكم والثوري وأبو عبيد وابن خيثمة، ورأيهم أن الشفعة تسقط وليس للشفيع الأخذ بها بعد وقوع الإذن منه بالبيع . ولكل مذهب أدلة على رأيه .

أدلة جمهور العلماء: استدل جمهور العلماء على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

1 - قالوا: إن تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع يعتبر بمثابة إسقاط حق قبل وجوبه ووجود سببه ووجوبه محال، فلا يصح . كما لو أبرأه مما لم يجب له، أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزوج، وكن وهب ما لا يملك، فلا تصح هبته .

2 - وقالوا: إن الحديث الذي ورد فيه: " لا يحل له أن يبيع حتى يأذن شريكه... " أنه أراد العرض عليه ليشتري الشقص إذا أراد فتحف المؤنة والتكاليف .

3 - وقالوا: إن الأحاديث الواردة في شفعة الشريك والجار مطلقة من غير تقييد، وهي منطوقات لا يمكن أن تقيدها بمفهوم الشرط الذي ورد في الحديث السابق<sup>(7)</sup> .

أدلة المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

1 - قالوا: إن الشارع جعل للشفيع سلطان أخذ ملك المشتري من غير رضاه، ليدفع عن نفسه ضرر الشريك الجديد، فلما عرض عليه البائع وامتنع عن الأخذ دل ذلك على إسقاط حقه، وإدخال الضرر على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أصر المطالبة بعد البيع .

2 - قالوا: إن مفهوم الشرط الذي ورد في قوله - صلى الله عليه وسلم - " فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به " يقتضي أنه إن باعه بإذنه لاحق له، ولأن قوله - صلى الله عليه وسلم - " فإن شاء أخذ وإن شاء ترك " لو لم يكن لتركه معنى وتأثير لما قال - صلى الله عليه وسلم - " وإن شاء ترك " .

<sup>(1)</sup> الخريشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص174. - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص326. - سحنون، المذونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص408.

<sup>(2)</sup> إناوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص25. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص330.

<sup>(3)</sup> الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص19. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص105. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص182.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص541، 542.

<sup>(5)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص87.

<sup>(6)</sup> أفضيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج11، ص438.

<sup>(7)</sup> انشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص84.



3- ردوا على الجمهور الذين رجحوا منطوق الحديث على مفهومه بقولهم، الترجيح يصار إليه عند تعذر الجمع، وقد أمكن الجمع هاهنا، وذلك بجمل المطلق على المقيد، فلا داعي للترجيح. وقد قيدوا المطلق الذي ورد في حديث شفعة الجار والشريك بالمفهوم الوارد في الحديث الآخر .

4 - قال ابن حزم<sup>(1)</sup>: إن الحديث أفاد أن حق الشفعة ثابت للشفيع قبل البيع، ومن ثم فقد وجب على البائع أن يعرض عليه قبل أن يبيع، فإن أسقط حقه بترك الأخذ بالشفعة فليس له بعد البيع حق أصلا، إلا إذا باع البائع ولم يعرض على الشفيع فحينئذ يبقى له الحق بعد البيع في الأخذ بالشفعة .

## مناقشة وترجيح

بالنظر في أدلة الفريقين يتبين لنا أن رأي الجمهور هو الراجح، للأدلة الآتية .

1 - إن الثابت قبل البيع ليس حق الشفعة، وإنما سببها وهو الجوار أو الشركة في العقار، وتنازل الشفيع يكون عن الحق لا عن سببه .

2 - ليس العرض وعدمه هو الذي أثبت الشفعة، وإنما الذي أثبت حق الشفعة هو البيع، حتى ابن حزم نفسه وهو من أنصار المذهب الثاني يؤيد هذا القول، فهو يقول: فإن باع ولم يعرض عليه لم يسقط حقه. فالبيع شرط ثبوت الشفعة، بدليل أنه إذا لم يقع بيع فلا شفعة رغم وجود سببها وهو الشركة أو الجوار .

3- شرط العمل بمفهوم المخالفة ألا يكون للقيد الوارد في النص فائدة أخرى غير إثبات الحكم. وقد جاء القيد هنا للعرض على المشتري لتحف المؤنة والتكاليف وليس لإثبات الحكم جاء في مواهب الجليل<sup>(2)</sup> قال القرطبي في شرح مسلم في قوله - صلى الله عليه وسلم - " فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به " محمول على الإرشاد، ولو كان على التحريم للزم البائع أن يفسخ البيع ولكنه أجازاه وصححه، ولم يذم الفاعل فدل على ما قلناه . وقال النووي في الحديث نفسه : " هو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيهه وليس بتحريم، ويتأولون الحديث على هذا، والمكروه داخل في المباح لأنه لا يأنم فاعله، ويؤجر تاركه<sup>(3)</sup> .

## المطلب الثاني : توريث الشفعة .

احتم النقاش قديما وحديثا بين العلماء في مسألة توريث الشفعة، ومرد ذلك إلى طبيعتها الفقهية، وتكييفها القانوني، فهي واقعة مركبة من واقعتين، واقعة مادية وتصرف قانوني، فهي لا تعتبر حق خالص، ولا مال خالص. وعنوان المسألة هل الشفعة من الحقوق الشخصية التي لا تنتقل بالميراث، أم هي من الحقوق المتعلقة بالمال ومن ثم فهي تنتقل بالميراث. وتوضيح المسألة تعقد فرعين اثنين، أحدهما للفقهاء الإسلامي، والثاني للقانون المدني .

<sup>(1)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج-9، ص 87 .

<sup>(2)</sup> الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج-5، ص 325 .

<sup>(3)</sup> النووي، شرح صحيح مسلم، المرجع السابق، ج-11، ص 46 .

## الفرع الأول : توريث الشفعة في الفقه الإسلامي .

إذا مات الشفيع بعد أن وقع البيع، وقبل أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، فهل ينتقل حق الشفعة للورثة فيحلون محل مورثهم في إعلان رغبتهم في الأخذ بالشفعة، كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يميت؟ أم أنهم لا يحلون محلها، لأنها مجرد رغبته وتقديره واختياره، انقضت بالموت كما انقضت سائر رغباته وتقديراته واختياراته. اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء .

الرأي الأول : وهو رأي المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والإباضية<sup>(3)</sup> وأبو الخطاب من الحنابلة،<sup>(4)</sup> وهؤلاء يرون أن الشفعة تورث مطلقاً سواء طالب بها الشفيع بعد وجود سببها أم لم يطالب . واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1 - قالوا إن حق الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فوجب أن ينتقل إلى الورثة كخيار الرد بالعيب،<sup>(5)</sup> وخيار الشرط، فالشفعة خيار كسائر الخيارات فتورث . قال القرافي: " والخيار صفة للعقد فينتقل معه، لأن آثار العقد انتقلت للوارث .."<sup>(6)</sup>

2 - لم يشترط أصحاب هذا الرأي استمرار ملك الشفيع للعقار المشفوع به، حتى يقضى له بالشفعة، بل يكفي عندهم ملك الشفيع للعقار المشفوع به وقت البيع . ولو أن ملك الوارث حدث بعد البيع، إلا أنه مبني على ملك المورث .

3- عمدة الشافعية والمالكية، أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال<sup>(7)</sup> . لقوله - صلى الله عليه وسلم- " من ترك حقاً أو مالا فلوثته .."<sup>(8)</sup> . وحق الشفعة لم يرق دليل على مفارقتها للمال، بل الدليل قائم على إلحاقه بالمال، إذ الشفعة متعلقة بالأعيان المالية وخادمة لها، وهذا جعلها حق مالي أكثر منها حق شخصي فتورث " والورثة يرثون المال وما يتعلق به، ولا يرثون الشخص وما يتعلق به .."<sup>(9)</sup>

4 - ردوا على الحنفية الذين قالوا: إن الشفعة إرادة ومشية . قالوا: الإرادة هنا تتعلق بشيء له وجود سابق، إذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أي عقار بالشفعة، بل يأخذ عقاراً معيناً بالذات، لأنه أولى به من

<sup>(1)</sup> محمد بن أحمد بن جزى، القوانين الفقهية، ص 189، دار الكتب العلمية بيروت. - شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج 7، ص 275، 276، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1414هـ، 1994م. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 417، 449.

<sup>(2)</sup> النووي، المجموع، المرجع السابق، ج 14، ص 344. - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 301.

<sup>(3)</sup> محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج 11، ص 453.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج 5، ص 537.

<sup>(5)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج 6، ص 221. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 42.

<sup>(6)</sup> القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج 3، ص 278، الفرق 197.

<sup>(7)</sup> ابن رشد، بداية المهتد، المرجع لسابق، ج 2، ص 211.

<sup>(8)</sup> رواه أحمد وابن ماجه عن أبي كريمة الجامع الكبير. نقلاً عن الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ج 5، ص 479.

<sup>(9)</sup> القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج 3، ص 276.

مشتريه . فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب الشفعة، لم تتغير حال العقار المبيع، ويكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث<sup>(1)</sup> .

الرأي الثاني : وهو رأي الحنفية<sup>(2)</sup> والظاهرية والحسن وابن سيرين والنخعي وإسحاق والشعبي، وهؤلاء يرون أن الشفعة لا تورث مطلقا . قال الشعبي : " سمعنا أن الشفعة لا تباع ولا توهب ولا تورث ولا تعار، وهي لصاحبها الذي وقعت له<sup>(3)</sup> . وقد استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

1 - إن حق الشفعة قبل تملك العين المشفوعة نهائيا بالتقاضي أو بالتراضي، هو حق ضعيف لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك، فهو ليس إلا إرادة ومشينة، والإرادة والمشينة لا تورثان<sup>(4)</sup> .

2 - من شروط الشفعة استمرار ملك الشفيع للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة. وفي حالة وفاة الشفيع فقد سقط هذا الشرط بالنسبة لكل من الوارث والشفيع على حد سواء، فالشفيع مات قبل الأخذ بالشفعة، والوارث ملك العقار بالميراث من وقت الوفاة، فهي حادثة وقعت بعد البيع، فملكه حدث بعد البيع، وهو يجب أن يكون وقت البيع<sup>(5)</sup> . قال الزيلعي : " فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع. ولا بالملك الزائل وقت الأخذ<sup>(6)</sup> .

3 - قالوا : قد أوجب الله تعالى الميراث في الأموال لا فيما ليس بمال فقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : " من ترك مالا فلورثته<sup>(7)</sup> . فعمدة الحنفية ومن معهم أن الأصل هو أن تورث الأموال دون الحقوق، إلا ما قام الدليل على إلحاق الحقوق بالأموال<sup>(8)</sup>، والشفعة ليست مالا، بل هي رغبة وخيار في الشراء ولم يرق دليل على إلحاقها بالمال، " وهي صفة للعاقدة لأنها مشيئة واختياره فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته<sup>(9)</sup> .

الرأي الثالث : وهو رأي الحنابلة وقد فرقوا بين حالتين، حالة طلب الشفعة قبل أن يموت الشفيع، وحالة طلب الشفعة بعد موت الشفيع .

- الحالة الأولى : إذا مات الشفيع قبل طلب الشفعة سقطت ولا تنتقل إلى الورثة. لأن الشفعة تثبت بالطلب على الفور فلما لم يطالب بها حتى مات فقد سقط حقه بتركه واعراضه . قال أحمد : " الموت يبطل به ثلاثة

<sup>(1)</sup> السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج5، ص67 .

<sup>(2)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص116 . - الكاسبي، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص22 . - الشيخ نظام، الفتاوى ائدينة، المرجع السابق، ج5، ص182 .

<sup>(3)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص96 .

<sup>(4)</sup> محمد أبو زهرة، التركات والموارث، ص49، دار الفكر العربي، القاهرة .

<sup>(5)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص417 . - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص96 .

<sup>(6)</sup> عبد القوي الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، ص113 . - السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج5، ص67، في الهامش .

<sup>(7)</sup> رواه البخاري، انظر فتح الباري، المرجع السابق، ج12، ص9، حديث رقم 6731 . وج4، ص474، حديث رقم 2298 . - ورواه مسلم في صحيحه، انظر صحيح مسلم بشرح النووي، المرجع السابق، ج11، ص60 .

<sup>(8)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص211 .

<sup>(9)</sup> القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج3، ص278، الفرق 197 .

أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، لم يكن للورثة هذه الثلاثة، إنما هي بالطلب، فإذا لم يطلب فليس تجب، إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأنني قد طلبته، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب<sup>(1)</sup>. وهذه الحالة تتفق مع ما قاله الحنفية ومن معهم من أنصار الرأي الثاني .

- الحالة الثانية : إذا مات الشفيع بعد طلب الشفعة. فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة، لأن الشفعة تثبت بالطلب جاء في المعنى " الحق يقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط<sup>(2)</sup>، وقال أحمد : " الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب<sup>(3)</sup> . وهذه الحالة تتفق مع ما قاله المالكية والشافعية ومن وافقهم من أنصار الرأي الأول .

## تعقيب وترجيح :

يتضح لنا مما سبق بيانه أن هناك رأيان في مسألة توريث الشفعة. وهذان الرأيان يدوران حول فكرتين أساسيتين وهما، هل الشفعة هي مجرد الرأي والمشية والرغبة والتقدير، و عليه فهي حالة تتعلق بشخص الشفيع تنتهي حتماً بوفاته، ولا يخلفه فيها أحد . أم أنها حق متعلق بمرافق الملك، ومن ثم فننتقل إلى الورثة كسائر الحقوق التي من هذا القبيل والتي تنتقل إلى الورثة .

ويبدو لي أن الشفعة من الحقوق المتعلقة بمرافق الملك، وليست هي مجرد الرغبة والمشية، لأنها متعلقة بالعقار، ولأن الغالب أن الورثة تلحقهم المضرة التي تلحق مورثهم من وراء الشفعة، ولذا فإنني أميل إلى القول بتوريث الشفعة .

## الفرع الثاني : توريث الشفعة في القانون المدني .

إن القانون المدني الجزائري شأنه شأن القانون المدني المصري، سكت عن مسألة توريث الشفعة، ولم يورد فيها نصاً خاصاً يحسم به الموضوع، ولعله ترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء كما فعل القانون المصري .

- أما القضاء المصري فقد فصلت محكمة النقض في الموضوع. بعد أن ساد الاختلاف بين المحاكم حيناً من الدهر، حيث كانت تحكم بعض المحاكم بتوريث الشفعة، في حين كانت محاكم أخرى تحكم بعدم توريثها، إلى أن قررت محكمة النقض في 08 يونيو 1939 بأن حق الشفعة ينتقل بالميراث. وجاء في حيثيات الحكم ما يأتي :

الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته. ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة، لأن الأصل فيها جميعاً الانتقال للورثة، إلا ما كان خاصاً بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت. وحيث إن الأصل في الشريعة الإسلامية على مذهب جمهور الفقهاء، هو أن تورث الحقوق والأموال، إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الحنفية فالأصل عندهم أن يورث المال

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص536 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص537 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص538 .

دون الحقوق. وحيث إن مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة<sup>(1)</sup> في انتقال الخيارات هو انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة، هو الذي يلائم مذهب القانون المصري، فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق، المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وأجال الديون. فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثاً عنه، والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقي منها. ولهذا لا تنسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر في أثناء المدة. ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة، فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضي ثلاث سنين، حل وارثه محله في اختصاصه بها وأوليته بإحيائها. وإذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفي الدين. وهذا كله صحيح في مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة، وغير صحيح في مذهب أبي حنيفة.

والخلاصة أن حكم القانون في خيار الشفعة هو انتقاله كراي جمهور أولئك الفقهاء والأئمة<sup>(2)</sup>.

أما الفقه المصري فلا يزال الخلاف قائماً بين رجاله، فبعضهم يؤيد حكم محكمة النقض فيما ذهبت إليه، ويرى أن الشفعة تورث. وبعضهم لا يؤيد محكمة النقض فيما حكمت به<sup>(3)</sup>. وقد اخترت الرأي المعارض لمحكمة النقض كمثل أسجله هنا ليكون لدينا الرأي وتقيضه، وهذا الرأي هو رأي العلامة الأستاذ عبد الرزاق السنهوري.

يرى الأستاذ السنهوري أن حق الشفعة لا يورث<sup>(4)</sup> مستنداً في ذلك على ناحيتين، ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني، وناحية الفقه الإسلامي، لأنه المصدر الذي اشتقت منه نصوص الشفعة.

فمن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني، يرى أن الشفعة ما هي إلا رخصة أو منزلة وسطى بين الحق والرخصة. وسواء كانت رخصة أو منزلة وسطى، فهي لم تكسب الشفيع بعد حقاً كاملاً في العقار المشفوع فيه. والذي ينتقل إلى الورثة من مورثهم هي الحقوق الكاملة، والرخصة أو المنزلة الوسطى ليست بحق كامل حتى تنتقل إلى الورثة. مثل حق قبول الإيجاب الموجه إلى المورث إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم، فإنه لا ينتقل إلى الورثة إذا مات المورث قبل أن يقبل الإيجاب.

أما من ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامي، فيرى أن أقرب المذاهب إلى المبادئ العامة للقانون المدني هو المذهب الحنفي. فهو يقول عن الشفعة إنها إرادة ومشية، وهذه الإرادة والمشية هي التي يعبر عنها في القانون بأنها رخصة أو منزلة وسطى بين الحق والرخصة، وهي لا تورث في القانون ولا في المذهب الحنفي. وهو يرجح المذهب الحنفي عن غيره من المذاهب الإسلامية، لاعتلى أساس أنه هو المذهب الواجب الاتباع، ولكن على أساس أن المذهب الحنفي هو الذي ينسجم مع مبادئ القانون المدني في هذه المسألة.

<sup>(1)</sup> ليس الأئمة الثلاثة وإنما الإمامان مالك والشافعي فقط، أما أحمد فإن رأيه قبل طلب الشفعة موافق لرأي الحنفية كما سبق بيان ذلك في الفسرع الأول من هذا المطلب.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 464.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 465، 466.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 469.

# الفصل الأول

## محل الشفعة وشروط تملكها

بعد ما تعرفنا على الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها في الفصل التمهيدي، نتولى الآن بيان المحل الذي ثبت فيه الشفعة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وشروط التملك بالشفعة.

فمن المتفق عليه أن العقار وهو الأرض، هي محل الشفعة. ولكن ما حكم ما يتبعها من شجر أو بناء، وما حكم المنقول، والعقار بالتخصيص، والعلو والسفل، والزروع والثمار، وحقوق الارتفاق، والمعادن والمحاجر.

وإذا كان من المتفق عليه أيضا أن الشفعة تثبت في البيع، فما حكم عمليات الانتقال الأخرى التي ينتقل بها العقار، سواء كان بعوض أو بغير عوض، بإرادة منفردة أو بإرادتين؟ وإذا توالى البيوع على العقار الواحد ففي أي بيع يأخذ الشفيع الشفعة؟ وإذا كانت الصفقة واحدة هل يجوز للشفيع أن يفرقها، وإذا كانت مفرقة هل يجوز له أن يأخذها جميعا؟

وهل كل بيع يقع فيه الشفعة، أم هناك أنواع من البيوع، تقع ومع ذلك لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة؟

هذا ما سنتولى توضيحه وبيانه في المباحث الآتية .

- المبحث الأول : محل الشفعة في الشريعة الإسلامية .
- المبحث الثاني : محل الشفعة في القانون المدني .
- المبحث الثالث : تجزئة الشفعة .
- المبحث الرابع : شروط التملك بالشفعة .
- المبحث الخامس : البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة .

# المبحث الأول

## محل الشفعة في الشريعة الإسلامية

يجدر بنا قبل الخوض في أي شيء، أن نبين أولاً المحل الذي ثبت فيه الشفعة، هل هو العقار أم المنقول وهل كل عقار ثبت فيه الشفعة، حتى ولو كان هذا العقار غير قابل للقسمة. أم لا بد أن يكون هذا العقار قابلاً للقسمة؟. وإذا كانت الأرض أصل كل عقار، فهل ما يلحق بها من منتوجات وثمار ثبت فيه الشفعة أيضاً؟.

نوضح هذه المسائل في ثلاثة مطالب.

- المطلب الأول : العقار محلاً للشفعة .
- المطلب الثاني : مناط العقار الذي ثبت فيه الشفعة .
- المطلب الثالث : ملحقات الأرض ومنتوجاتها وثمارها .

## المطلب الأول : العقار محلا للشفعة .

اتفق جمهور الفقهاء على أن الشفعة ثابتة في العقار، وخالفهم الظاهرية وقالوا بثبوتها في العقار والمنقول. وفي كل شيء، وأيد كل فريق رأيه بأدلة نعرضها فيما يأتي :

### أولا : مذهب الظاهرية وعطاء وجابر وقول أهل مكة ورواية عن أحمد

ذهب ابن حزم<sup>(1)</sup> إلى أن الشفعة ثابتة في كل شيء عقارا كان أو منقولا، ينقسم أولا ينقسم، في كل مال مشترك من أرض أو شجر أو حيوان أو ثياب أو طعام أو سيف أو جوهر أو دور أو آلات ونحوها .

وهذا المذهب هو أيضا مذهب عطاء وجابر وقول أهل مكة ونص عليه أحمد في رواية حنبل، فقد قيل لأحمد : الحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار أو ما كان من نحو ذلك، قال هذا كله أوكد، لأن خليطه الشريك أحق به بالثمن، وهذا لا يمكن قسمته فإذا عرضه على شريكه وإلا باعه بعد ذلك<sup>(2)</sup> . و حجة هذا المذهب في ثبوت الشفعة في العقار والمنقول وفي كل شيء، السنة وأقوال الصحابة والمعقول .

### أ - من السنة :

- 1 - ما رواه البخاري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف عن جابر بن عبد الله قال : " قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة<sup>(3)</sup> ."
- 2 - وبما رواه البخاري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر قال: " جعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة<sup>(4)</sup> ."
- 3 - وبما رواه مسلم قال حدثني أبو طاهر أخبرنا ابن وهب عن ابن جريج أن أبا الزبير أخبره أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " الشفعة في كل شرك في أرض أو ربيع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه<sup>(5)</sup> ."
- 4 - وبما رواه الترمذي<sup>(6)</sup> عن أبي حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " الشريك شفيع والشفعة في كل شيء<sup>(7)</sup> . قال أبو عيسى الترمذي : " هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري . . . وروى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع

<sup>(1)</sup> ابن حزم، المهمل، المرجع السابق، ج9، ص82 .

<sup>(2)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص140 .

<sup>(3)</sup> أخرجه البخاري في كتاب الشفعة، حديث رقم 2257، فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص436 .

<sup>(4)</sup> أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الشريك من شريكه، حديث رقم 2213، فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص407. وفي باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعا غير مقسوم بلفظ قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة، حديث رقم 2214، فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص408 .

<sup>(5)</sup> صحيح مسلم بشرح النووي، المرجع السابق، ج11، ص46 .

<sup>(6)</sup> أبو بكر بن العربي، غرصة الأحوذى شرح صحيح الترمذي، المرجع السابق، ج6، ص134 .



مثل هذا ليس فيه عن ابن عباس... وأبو حمزة ثقة يمكن أن يكون الخطأ من غير أبي حمزة<sup>(1)</sup>. قال ابن قيم الجوزية: "أبو حمزة السكري ثقة احتج به صاحبنا الصحيح<sup>(2)</sup>، وإن قلنا الزيادة من الثقة<sup>(3)</sup> مقبولة فرفع<sup>(4)</sup> الحديث إذا صحيح".

وروى الحديث أيضا أبو الأحوص عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن مليكة قال: "قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شيء، الأرض والدار والجارية والخادم"<sup>(5)</sup>، والحديث وإن أعل<sup>(7)</sup> بالإرسال إلا أنه قد عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي<sup>(8)</sup>، كما قال ابن قيم الجوزية<sup>(9)</sup>.

قال عطاء: إنما الشفعة في الأرض والدار فقال ابن أبي مليكة تسمعي لا أم لك أقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - ثم تقول مثل هذا. وإلى القول بالشفعة في كل شيء رجع عطاء كما رواه ابن حزم بسنده عن طريق وكيع. فهذان عطاء وابن أبي مليكة من التابعين يقولان بالشفعة في كل شيء.

### وجه الاستشهاد من الأحاديث.

قال ابن حزم: "هذه آثار متواترة متظاهرة بكل ما قلنا... فالشفعة في كل مال، وفي كل شيء، وفي كل ما لم يقسم"<sup>(10)</sup>.

فقوله - صلى الله عليه وسلم - "في كل ما لم يقسم" عام لجميع الأموال ما احتمل منها القسمة وما لم يحتملها.

<sup>(1)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص141.

<sup>(2)</sup> هو أبو حمزة السكري محمد بن ميمون ويعرف بأنه شيخ شيوخ البخاري، مقدمة فتح الباري لابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص243.

<sup>(3)</sup> أخرج له البخاري في كتاب فرض الخمس وقدمه وخامه، باب ما ذكر من درع النبي - صلى الله عليه وسلم - وعصاه وسيفه، فتح الباري، ج6، ص212، حديث رقم3109. وفي كتاب الجزية حديث رقم3181، فتح الباري، ج6، ص281. وفي كتاب الاعتصام، باب ما يذكر من دم الرأي وتكلف القياس، حديث رقم7308، فتح الباري، ج13، ص282.

<sup>(4)</sup> زيادة الثقة: هي ما ينفرد به الثقة في رواية من لفظة أو جملة، في السند أو المتن. وقد اختلف العلماء في هذه الزيادة والذي عليه جمهور العلماء وأصحاب الحديث، أن الزيادة من الثقة مقبولة إذا انفرد بها. انظر مقدمة ابن الصلاح ص50 دار الهدى عين مليلة. ألفية السيوطي ص51، دار المعرفة بيروت. شرح نخب الفكر لابن حجر، ص45، مكتبة الغزالي دمشق.

<sup>(5)</sup> ينقسم الحديث باعتبار من أضيف إليه، أو باعتبار المنتهى الذي يصل إليه إلى ثلاثة أقسام: المرفوع والموقوف والمقطوع.

والحديث المرفوع هو ما أضيف إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - من قول أو فعل أو تقرير أو صفة تصريحا أو حكما وسواء كان الشذني أضافه الصحابي أو التابعي أو غيرهما، وسواء كان سنده متصلًا أو غير متصل. انظر أديب صالح، نجات في أصول الحديث، ص213، المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، 1985م. أحمد عمر هاشم، قواعد أصول الحديث، ص138، دار الكتاب العربي بيروت.

<sup>(6)</sup> صحيح الترمذي، المرجع السابق، ج6، ص134 - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص84.

<sup>(7)</sup> الحديث المرسل: هو الحديث الذي رفعه التابعي إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - من غير ذكر الصحابي، كقول عطاء وهو من التابعين قال رسول الله كذا، أو فعل أو فعل كذا. وكقول ابن مليكة في الحديث عمل الاستشهاد وهو من التابعين قضى رسول الله بالشفعة... وقد اختلف العلماء في حكم الحديث المرسل على أقوال كثيرة أشهرها ثلاثة:

الأول: ذهب إلى جواز الاحتجاج بالحديث المرسل مطلقا. وهذا هو قول أبي حنيفة ومالك ورواية عن أحمد وطائفة من أهل العلم. الثاني: لا يجوز الاحتجاج بالحديث المرسل مطلقا. وحكي هذا النووي عن جماهير محدثين والشافعي. الثالث: يحتج به إذا اعتضد بعاضد بأن يروى مسندا أو مرسلا من وجه آخر أو يعمل به بعض الصحابة، أو أكثر أهل العلم. انظر عجاج الخطيب، الوجيز في علوم الحديث، ص311، المؤسسة الوطنية للكتاب، وحدة الرعاية الجزائر، 1989. صبحي الصالح، علوم الحديث ومصطلحه، ص166، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية عشرة، 1981م، 1401هـ.

<sup>(8)</sup> القياس الجلي الذي قصده هو الضرر الموجود في كل من العقار والمنقول فإذا ثبتت الشفعة في العقار لعل الضرر فاعلة نفسها موجودة في المنقول

<sup>(9)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص141.

<sup>(10)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص84.

أما قوله - صلى الله عليه وسلم - " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق .. فليس فيه دليل على أن ذلك لا يكون إلا في العقار والأرض والبناء، بل الحدود واقعة في كل ما ينقسم من طعام وحيوان ونبات وعروض. وإنما كان ذكره عليه السلام للحدود والطرق، إعلاما بحكم ما يمكن قسمته وبقي الحكم فيما لا ينقسم على حسبه. بل إن أول الحديث أثبت أن الشفعة واجبة في كل الأموال، ما ينقسم منها وما لا ينقسم<sup>(1)</sup> .

أما قوله - صلى الله عليه وسلم - " الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط .. فليس فيه أنه لاشفعة إلا في هذا فقط، وإنما فيه إيجاب الشفعة في الأرض والحائط، وليس فيه ذكر هل الشفعة فيما عداها أم لا. خاصة وقد جاء خبر جابر هذا نفسه من طريق عطاء أن الشفعة في كل شيء. ولا يخفى على أحد أن عطاء فوق أبي الزبير. كما جاء هذا الخبر من طريق أبي خيثمة زهير بن معاوية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من كان له شرك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك .

## ب - أقوال الصحابة (2)

قال ابن حزم: " ومن قال بقولنا في هذا... عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد قال: " إذا وقعت الحدود وعرف الناس حقوقهم فلا شفعة". وقال عثمان بن عفان: لا مكابله<sup>(3)</sup> إذا وقعت الحدود فلا شفعة ...

قال ابن حزم: " فهذان عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما يحملان قطع الشفعة بعد وجوبها بوقوع الحدود ومعرفة الناس حقوقهم، ولم يخصا أرضا دون سائر الأموال، بل أجملا ذلك. والحدود تقع في كل جسم مبيع وكذلك معرفة كل أحد حقه .."<sup>(4)</sup> .

## ج - من المعقول: أما ما استشهدوا به من المعقول فقالوا:

1 - على فرض عدم صحة أحاديث الشفعة في المنقول وضعفها، فهي لم تنف ذلك، لأنه إذا كانت الأحاديث الصحيحة مختصة بالعقار وبالعروض المنقسمة، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها في المنقول وفيما لا ينقسم<sup>(5)</sup>

<sup>(1)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص86 .

<sup>(2)</sup> قد يقول قائل: إن ابن حزم لا يعتبر أقوال الصحابة حجة يجب العمل بها، فهو لا يسوغ التقليد لا من الصحابة ولا من غيرهم، لامن الأحياء ولا من الأموات. إذ الأدلة عنده منحصرة في الكتاب والسنة والإجماع والدليل المشتق من هذه الثلاثة. وأنت أوردت من ضمن أدلة ابن حزم، على ثبوت الشفعة في كل شيء، أقوال الصحابة .

فأقول نعم هذا كلام صحيح. فإن ابن حزم يرى أن الصحابة لا يمتنع بقولهم، فهم بشر كغيرهم من الناس لا يجوز تقليدهم والأخذ بفتواهم. غير أنه يرى أن أقوالهم حجة إذا كان ذلك إجماعاً منهم، معتمداً على نص. كما أنه يستأنس أحياناً بأقوالهم، لا لأصل الاستدلال، بل لتركية قوله بقولهم، وبيان أن قوله ليس غريباً غير مألوف، بل هو من صميم الشريعة وليها. ومثاله حالتنا هذه، فإنه بعد أن استعرض النصوص المؤيدة لرأيه قال: " ومن قال بقولنا عمر وعثمان ... فإنه لو كان يرى أن رأيهم حجة، لقال ومن قلنا بقوله. ذلك أنه رضي الله عنهم أسبق في الوجود، وأدرى بأحكام الشريعة وأسرارها، ولكنه مماشياً مع مذهبه في ذكر أقوال الصحابة للاستئناس بها وتركية قوله قال: " ومن قال بقولنا... ". انظر محمد أبو زهرة، ابن حزم آراؤه وفقهه، ص434، دار الفكر العربي القاهرة .

<sup>(3)</sup> المكابلة: أن تباع الدار إلى جنب دارك وأنت تريدتها فتوخر ذلك حتى يستوجبها المشتري ثم تأخذها بالشفعة. انظر حسين يوسف موسى وعبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، المرجع السابق، ج2، ص1200 .

<sup>(4)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص84 .

<sup>(5)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص141 .

2 - وإذا كانت علة الشفعة هي دفع الضرر كما، ذهب إليه جمهور الفقهاء . فالعلة نفسها موجودة في المنقول كوجودها في العقار، وفيما لا يتقسم كوجودها فيما يتقسم . بل إن وجودها في العقار الذي لا يتقسم، أشد وأبلغ. " وإذا كان الشارع يريد لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع "

3 - وإذا كان الضرر في العقار يدوم ويتأبد، فإن من المنقول ما يدوم ويتأبد ضرره أيضا . كالجوهرة والسيف والكتاب . ومنها ما يطول ضرره كالعبد والجارية، ولو بقي ضرره مدة . فإن الشارع قاصد لرفع الضرر طالته مدته أو قصرت . كما أن ضرر العقار يمكن رفعه بالقسمة، ولا يمكن رفع ضرر المنقول بالقسمة<sup>(1)</sup> .

## ثانيا : مذهب جمهور الفقهاء .

يرى جمهور الفقهاء أن الشفعة تثبت في العقار<sup>(2)</sup> وهي الأرض،<sup>(3)</sup> أما المنقول كالسيارة والثياب والحيوان وعروض التجارة وغيرها فلا شفعة فيها، واستدلوا على ذلك بما يأتي :

1 - ما رواه البخاري عن جابر قال : " قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " .<sup>(4)</sup>

قال ابن دقيق العيد : " وقد يستدل بصدر الحديث من يقول بثبوت الشفعة في المنقول، إلا أن آخره وسياقه يشعر بأن المراد به العقار وما يدخل فيه الحدود وصرف الطرق " .<sup>(5)</sup> وقوله - صلى الله عليه وسلم - " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق " يقتضي تخصيص ثبوتها بالعقار دون غيره، حيث إن ذلك لا يكون إلا في العقار<sup>(6)</sup> .

2 - ما رواه مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال : " قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط " . قال ابن حجر : " رواية مسلم تضمنت ثبوت الشفعة في المشاع، وصدوره يشعر بثبوتها في المنقولات، وسياقه يشعر باختصاصها بالعقار، وبما فيه العقار " .<sup>(7)</sup>

<sup>(1)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص142 .

<sup>(2)</sup> المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص34 - الشرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص376 . - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص463 . - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص194 .

<sup>(3)</sup> الأرض أصل كل عقار وهذا قدر متفق عليه بين جميع الفقهاء، أما ما يتبع الأرض من غراس وبناء ومنقول رصد على خدمة الأرض ففيه خلاف سيأتي بيانه في المطلب الثاني والثالث

<sup>(4)</sup> سبق تخريج الحديث في دليل المشروعية .

<sup>(5)</sup> ابن دقيق العيد، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، المرجع السابق، ج3، ص208 .

<sup>(6)</sup> نفس المرجع والصفحة في هامش .

<sup>(7)</sup> ابن حجر ، فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص436 .

وقد جمع القرافي بين حديث مسلم والبخاري، فرأى حديث البخاري دل بمفهومه<sup>(1)</sup> على عدم ثبوت الشفعة في المنقولات، لتعذر الحدود والطرق فيها. أما رواية مسلم فقد جاءت صريحة بهذا المفهوم، وبينت أن الشفعة لا تكون إلا في عقار ربة أو حائط<sup>(2)</sup>.

ومما يؤيد قصر الشفعة على العقار دون المنقول الحديث القائل: "لا شفعة إلا في ربع أو حائط" وهذا النص فيه قصر، والقصر معناه نفي وإثبات. فقد أثبت الشفعة في الربع والحائط ونفاها عن غيرهما. ولقد كان شرح يقول: "لا شفعة إلا في أرض أو عقار". وإن الشفعة لدفع الأذى المحتمل من المشتري الجديد، والأذى لا يتصور بقدر يجيز التدخل في ملك الغير، إلا إذا كان المبيع شيئاً مستقراً لا يجري فيه البيع والشراء كثيراً، وذلك لا يكون إلا في العقار<sup>(3)</sup>.

3 - ما روي عن عبادة بن الصامت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - "قضى بالشفعة بين الشركاء في الأراضي والدور"<sup>(4)</sup>. قال الشوكاني: "حديث عبادة هذا تشهد لصحته الأحاديث الواردة في ثبوت الشفعة فيما هو أعم من الأرض والدار، كحديث جابر المتقدم. وحديث ابن عباس عند البيهقي مرفوعاً "الشفعة في كل شيء" ورجاله ثقة، وإن كان أعل بالإرسال. كما تشهد له الأحاديث الواردة بثبوت الشفعة في خصوص الأرض. كحديث شريد بن السويد<sup>(5)</sup> المذكور في خصوص الأرض، كما تشهد له أيضاً الأحاديث القاضية بثبوت الشفعة للجار على العموم<sup>(6)</sup>.

4 - قالوا: إن الأحاديث الواردة بإثبات الشفعة في المنقول، أحاديث ضعيفة، معلولة، لا يصح الاحتجاج بها<sup>(7)</sup>.

5 - قال عثمان بن عفان رضي الله عنه: لا شفعة في بر ولا فحل والأرف يقطع كل شفعة. قال أحمد بن حنبل: ما أصح من حديث. الفحل: النخل. الأرف: المعالم والحدود.

<sup>(1)</sup> المفهوم: "هو ما دل عليه اللفظ في محل النطق". وهو على قسمين، مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة.

مفهوم الموافقة: "هو مدلول اللفظ في محل السكون موافقاً لمدلوله في محل النطق". ويسمى فحوى الخطاب، ولحن الخطاب. فقوله تعالى "إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً" النساء رقم 10. دل بمنطوقه على تحريم أكل أموال اليتامى. ودل بمفهومه الموافق على تحريم إتلاف أموالهم والاعتسداء عليها، للاشتراك في العلة المفهومة لغة من قوله تعالى: "يأكلون".

مفهوم المخالفة: "هو أن يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفاً لمدلوله في محل النطق". ويسمى دليل الخطاب. وهو أنواع كثيرة أشهرها: مفهوم الصفة والشرط والغاية والعدد والملقب والحصص. والحديث محل الاستشهاد ورد فيه مفهوم الصفة، حيث نفى الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق. وهذا لا يكون إلا في العقار، أما المنقول فلا يتصور فيه حدوداً ولا طرقاً. انظر على بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص74، 78، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1406هـ، 1986.

<sup>(2)</sup> شهاب الدين القرافي، الذخيرة، ج7، ص280، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1994.

<sup>(3)</sup> محمد أبو زهرة، الإمام زيد آراؤه وفقهه، ص301، دار الفكر العربي، القاهرة.

<sup>(4)</sup> أخرجه الطبراني في الكبير، وهو من رواية إسحاق عن عبادة، انظر الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص84.

<sup>(5)</sup> سبق تفريغ وذكر حديث شريد بن السويد في دليل مشروعية الشفعة.

<sup>(6)</sup> الشوكاني، نيل الأوضار، المرجع السابق، ج6، ص84.

<sup>(7)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص141.

6 - قالوا : إن الضرر في العقار يدوم ويتأبد بخلاف المنقول فإن ضرره عارض زائل<sup>(1)</sup> . كما أن الضرر في العقار يكثر جدا، إذ الشريك يحتاج إلى إحداث المرافق، وتغيير الأبنية وتضييق الواسع، وتخريب العامر، وسوء الجوار وغير ذلك، وهذا كله لا وجود له في المنقول<sup>(2)</sup> .

\* والذي يترجح لدي من خلال النظر في أدلة الفريقين، هو القول بثبوت الشفعة في العقار دون المنقول. لضعف أدلة المذهب الذي قال بثبوت الشفعة في المنقول، كما سلم بذلك أصحابه. ثم إن القول بثبوت الشفعة في المنقول كما في العقار، قد يؤدي إلى تنازع الحقوق في الميدان الواحد، وإلى الاضطراب في تنظيمها. ذلك أن تقسيم الأموال إلى عقار ومنقول رغم قدمه، فلم تكن له الأهمية الأساسية التي يحتملها اليوم، في معظم النظم القانونية. فلم يكن هناك من تفاوت أساسي بين ما يتعلق بالعقار والمنقول من الأحكام، إلا في بعض الحقوق الناشئة عن طبيعة العقار نفسه، تجرى فيه ولا تجرى في غيره، كحق الارتفاق والجوار والغصب. أو ناشئة عن اعتبار العقار شيء نفيس والمنقول شيء تافه، كالولاية على الصغير تضيق في العقار عما هي في المنقول، فلا يجوز للولي أو الأب التصرف في عقار القاصر، ويجوز ذلك في المنقول<sup>(3)</sup> .

أما اليوم وبعد التطور الهائل في الحياة وتعقيداتها، الذي صاحبه تطور مماثل في التنظيم من الناحية الشكلية والموضوعية. فقد أصبح لتقسيم الأموال إلى عقار ومنقول أهمية كبيرة، ظهر ذلك جليا سواء في الأحكام الفقهية أو في النظم والإجراءات الشكلية<sup>(4)</sup> . ولذا فقد ميز القانون المدني الجزائري والمصري بين بيع العقار المشاع وبيع المنقول المشاع. فأجرى في الأول حق الشفعة، الذي مصدره التاريخي الشريعة الإسلامية. وأجرى في الثاني حق الاسترداد، الذي مصدره التاريخي القانون الفرنسي<sup>(5)</sup> . وهو حق لا يختلف في طبيعته عن حق الشفعة، إذ هو بيع أحد الشركاء حصته الشائعة في مجموع من المال، أو في منقول معين إلى أجنبي عن الشركاء. فيسترد الشركاء أو أحدهم الحصه المبيعة، حتى لا يقتحم حرم الشركة أجنبي عنها. وقد نظم القانون المدني الجزائري هذا الحق في المادة 721 منه، والمصري في المادة 833 منه .

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 463. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 1، ص 376. - الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 164. - محمد عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج 7، ص 194. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج 4، ص 34.

<sup>(2)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج 2، ص 142.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 8، ص 13، 19. - الرقاع، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج 3، ص 162.

<sup>(4)</sup> من هذه الأحكام :

أ - الشفعة تجرى في العقار ولا تجرى في المنقول. ومثل الشفعة في ذلك بيع الوفاء، فهو يختص بالعقار دون المنقول، على أرجح الآراء الفقهية، لأنه رهن حيازي. مع ملاحظة أن بيع الوفاء أصبح ممنوعا وعقده باطلا في كل من القانون المدني الجزائري بمقتضى المادة 396، والمصري بمقتضى المادة 465، والسوري بمقتضى المادة 433.

ب - الوقف يصح في العقار دون المنقول، إلا إذا كان المنقول تابعا للعقار، وكذلك الحقوق العينية الطارئة على الوقف، كالحكر.

ج - المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة الكائن في دائرتها العقار، أما المنقول فتسري عليه المحكمة التي يكون في دائرتها موطن المدعى عليه.

د - إجراءات حجز العقار تحوطه ضمانات أكثر من الضمانات التي تحوط الحجز على المنقول.

هـ - في تصفية الشركة، وبيع المفلس لسداد الدين، يباع المنقول أولا، فإذا لم يكف يباع العقار. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 4، ص 143، 145. - أبو زهرة، الملكية والعقد، المرجع السابق، ص 60، 61. - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص 48، 49.

<sup>(5)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 8، ص 851.

## المطلب الثاني : مناط<sup>(1)</sup> العقار الذي تثبت فيه الشفعة .

رأينا في المطلب السابق أن الجمهور متفقون على أن الشفعة تثبت في العقار، ولا تثبت في المنقول. ومع اتفاقهم هذا، اختلفوا في تحديد مناط العقار الذي تثبت فيه الشفعة، هل هو مطلق العقار ؟ أو العقار القابل للقسمة ؟ .

ومعنى العقار القابل للقسمة أن يكون ليس في تجزئته وتبعيضه ضرر . فالأرض والدار والحانوت، إذا أمكن قسمتها، بحيث يبقى كل قسم منها منفعا به، ارتفاع الأصل، كالدار الكبيرة تنقسم إلى دارين، والحانوت إلى حانوتين، فهي قابلة للقسمة . أما إذا قسمت الدار بحيث لا يمكن أن يخرج منه داران، ولكن يمكن أن تحول أقسامها إلى منافع أخرى غير السكنى، بأن تجعل دكاكين مثلا، فهي غير قابلة للقسمة لتغير أصل منفعتها بالتقسيم<sup>(2)</sup> .

وقد اختلف الجمهور إلى فريقين في تحديد مناط العقار الذي تثبت فيه الشفعة، فقال الحنفية الشفعة ثابتة في مطلق العقار، وقال الجمهور الشفعة ثابتة في العقار القابل للقسمة . واليك بيان رأي الفريقين وأدلته .

**الفريق الأول :** وهم الحنفية<sup>(3)</sup> والثوري وأبو العباس بن سريج<sup>(4)</sup> ورواية عن مالك<sup>(5)</sup> ورواية عن أحمد<sup>(6)</sup>، وهؤلاء قالوا : الشفعة تثبت في العقار مطلقا قبل القسمة أو لم يقبلها . كالدار الصغيرة والبئر والحمام والطريق الضيقة . ولهم في ذلك دليلان .

1 - عموم قوله - صلى الله عليه وسلم - " الشفعة فيما لم يقسم ... " فالنص عام أثبت الشفعة في العقار ما دام لم يقسم، بغض النظر عن قابليته للقسمة أم لا .

2 - إن سبب الشفعة هو اتصال الملك . وحكمتها دفع ضرر الشركة، أو سوء الجوار . وهذا لا يتحقق إلا في العقار مطلقا، بل إنه فيما لا القسمة أشد ضررا وأبلغ، لأنه يتأبد ويدوم، ولا يمكن التخلص منه بالقسمة .

**الفريق الثاني :** وهم الشافعية<sup>(7)</sup> والحنابلة والمشهور عند المالكية والذي عليه القضاء عندهم<sup>(8)</sup> .

<sup>(1)</sup> المناط : مصدر ميمي بمعنى اسم مكان ومعناه اسم مكان الإناضة والتعليق، والمقصود بمناط العقار أي علته . أي أن الشارع ناط الحكم وعلفه

عليها . وتسمى العلة مناطا لربط الحكم بها وتعليقه عليها . وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ص691، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1986م .

<sup>(2)</sup> مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج3، ص215، 216 . - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص222 .

<sup>(3)</sup> الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص109 . - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص34 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص11 .

<sup>(5)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص196 . - أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، ص229، دار المعرفة بيروت لبنان .

<sup>(6)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص466 .

<sup>(7)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص377 .

<sup>(8)</sup> سب وجود قولين عند المالكية هو اختلافهم في علة الشفعة، هل هي دفع ضرر القسمة، أو دفع ضرر الشركة . فمن قال إن العلة هي دفع ضرر الشركة مطلقا قال : الشفعة ثابتة فيما ينقسم وفيما لا ينقسم . ومن قال إن العلة هي دفع ضرر القسمة، قال لاشفعة فيما لا ينقسم . اختصاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص314 . - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج5، ص222 .

قال أصحاب هذا الفريق : شرط العقار الذي ثبت فيه الشفعة أن يكون قابلاً للقسمة، فإن لم يقبل القسمة فلا شفعة فيه . بل قال المالكية : يجب أن تجتمع فيه صفات ثلاث، أن يكون مقصود المنفعة كالحقل الذي منفعتة بالمزارعة مقصودة، والدار التي منفعتها بالسكنى، والشجرة التي منفعتها بالثمرة . وأن ينقسم مع بقاء اسمه وصفته كالحقل والدار الكبيرة . وأن ينقسم دون مضره أو فساد<sup>(1)</sup> . واستدل أصحاب هذا الفريق على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

1 - دليل الخطاب أو مفهوم المخالفة في قوله - صلى الله عليه وسلم - " الشفعة فيما لم يقسم " قال ابن رشد: " فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم . وقد أجمع عليه في هذا الموضوع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به<sup>(2)</sup> .

قال القرافي : المبدأ يجب انحصاره في الخبر، وعليه فإن قوله - صلى الله عليه وسلم - " الشفعة فيما لم يقسم " يقتضي حصر الشفعة في الذي هو قابل للقسمة ولم يقسم بعد . والتقدير الشفعة مستحقة فيما لم يقسم كقوله - صلى الله عليه وسلم - " الأعمال بالنيات " . يقتضي حصر الأعمال المعتبرة بالنيات، فالعمل بغير نية لا يعتبر شرعاً . كما أن طلب الشفعة فيما لا يقبل القسمة لا يعتبر شرعاً<sup>(3)</sup> .

2 - ما أخرجه أبو عبيد في غريب الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة " . قال أبو عبيد: " المنقبة : الطريق الضيقة بين الدارين . والركح : ناحية البيت من ورائه، وما كان فضاء لا بناء فيه، يعني إذا كان للسائلة والمارة . والرهوة : الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره<sup>(4)</sup> .

3 - علة مشروعية الشفعة هو دفع ضرر القسمة، لما يحتاج إلى إحداث المرافق الخاصة، وتوسيع الضيق . وهذا لا يتحقق إلا في العقار الذي يقبل القسمة .

4 - إثبات الشفعة فيما لا يقبل القسمة يؤدي إلى نفيها، وإلحاق الضرر بالبائع . وذلك لأن المشتري لا يشتري خوفاً من أن يأخذ الشفيع الشفعة، والبائع لا يستطيع التخلص من الشريك بالقسمة، فيصعب البيع ويتعذر . وهذا يؤدي إلى انخفاض قيمة العقار الاقتصادية والمالية، فيلحق الضرر بالبائع<sup>(5)</sup> .

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص200 .

<sup>(2)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص258 .

<sup>(3)</sup> القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج2، ص47، الفرق 63 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص12 .

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص466 .

**ترجيح :** ويبدو لي أن ما ذهب إليه الفريق الأول هو الراجح، للأدلة الآتية :

1 - إن الشريك إذا طلب البيع فيما لا يقبل القسمة أجبر شريكه عليه، بخلاف ما ينقسم، فإنه لا يجبر عليه. فاتقن بذلك ضرر نقص الثمن في العقار الذي لا يقبل القسمة، لجبر الشريك على البيع<sup>(1)</sup>. وهو مذهب جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل .

2 - ما ثبت في الصحيح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " من كان له شريك في أرض أو ربع أو حائط، فلا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك " . رواه مسلم.

لم يشترط النبي - صلى الله عليه وسلم - في الأرض والربع والحائط أن يكون مما يقبل القسمة. فلا يجوز تقييد كلام الرسول - صلى الله عليه وسلم - بغير دلالة من كلامه، ولا سيما وقد ذكر هذا الحديث في باب تأسيس الشفعة<sup>(2)</sup> .

3 - وقد جاء في السنن أيضا أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: " الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا " . رواه الخمسة إلا النسائي<sup>(3)</sup> . فلئن ثبتت الشفعة للشريك في الطريق، فلئن يقضى بها للشريك في رقبة الملك أولى<sup>(4)</sup> .

(1) الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص165 .

(2) تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، ج30، ص382، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب .

(3) الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص86 .

(4) ابن تيمية، مجموع فتاوى، المرجع السابق، ج30، ص383 .



## المطلب الثالث : ملحقات الأرض ومنتجاتها وثمارها .

تبين لنا في المطلب السابق أن الشفعة ثابتة في العقار وهي الأرض، فهل يعني ذلك أن تكون الشفعة ثابتة فيما يلحق الأرض؟ كالعقار بالتبعية، وحقوق الارتفاق، وكذا الشجر والبناء، وما يترتب على البناء من علو وسفل وملكية للطبقات، وهل ما تنتجه الأرض ويتفرع عنها يأخذ حكمها أيضا في ثبوت الشفعة، مثل الزروع والثمار الظاهرة، والمعادن والمحاجر؟

هذا ما سننولى توضيحه في الفروع الآتية .

- الفرع الأول : ما يتبع الأرض من الشجر والبناء .
- الفرع الثاني : نظام السفل والعلو ، والملكية المشتركة في العقارات المبنية .
- الفرع الثالث : العقار بالتبعية .
- الفرع الرابع : حقوق الارتفاق .
- الفرع الخامس : الشفعة في الزرع .
- الفرع السادس : الثمار الظاهرة .
- الفرع السابع : المعادن والمحاجر .

## الفرع الأول : ما يتبع الأرض من الشجر والبناء .

إذا باع شخص بناء أو شجرا، فهل لشريكه أن يملك البناء أو الشجر عن طريق الشفعة ؟ للجواب على هذا السؤال نميز بين حالتين. حالة بيع البناء أو الشجر مع الأرض، وحالة بيع البناء أو الشجر استقلالا عن الأرض .

### الحالة الأولى : حالة بيع البناء أو الشجر مع الأرض .

في هذه الحالة اتفق كل الفقهاء،<sup>(1)</sup> على أن البناء أو الشجر المبيعان مع الأرض، يعدان عقارا حكما على سبيل التبعية للأرض . ومن ثم فإن للشريك الحق في أن يملك الشجر أو البناء عن طريق الشفعة . دل على هذا قوله - صلى الله عليه وسلم - وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط . ثم إن كلا من الشجر والبناء يرادان للتأيد . فهما من هذا الجانب كالأرض، من حيث ترتب الضرر بالشركة فيهما .

### الحالة الثانية : حالة بيع البناء أو الشجر مستقلا عن الأرض .

يرى الحنفية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup> : أنه إذا انفرد البناء أو الشجر في البيع عن الأرض لاشفعة فيهما . ذلك أن بيعهما في نظرهم منفردين عن الأرض، يعدان من المنقول لا من العقار . لأنه لاقرار لهما، فقد ينهدم البناء ويحترق الشجر .

ويرى المالكية<sup>(5)</sup> : ثبوت الشفعة في هذه الحالة . لأن العقار عندهم هو الأرض، أو البناء، أو الشجر . ذلك أن البناء والشجر متصلان بالأرض اتصال قرار وثبات، وغير قابلين للنقل والتحويل دون تلف أو فساد، بل يتغيران وقت النقل من حال لأخرى، فيصبح الشجر حطبا، والبناء أبقاضا . وعليه فإن الشفعة تثبت في البناء أو الشجر كما تثبت في الأرض، لاعلى وجه التبعية للأرض، بل أصالة وابتداء . ومن ثم فيجوز للشريك أن يملك ما باع شريكه من بناء أو شجر، عن طريق الشفعة .

وبناء على هذا النظر قال المالكية<sup>(6)</sup> : بثبوت الشفعة في البناء أو الشجر المملوك لشركاء بأرض موقوفة أو معارة . ذلك أنه إذا اقتضت المصلحة إجارة أرض موقوفة سنين معينة، أو إعارة أرض لمدة معلومة، فأقام الشركاء - على الأرض الموقوفة بإذن ناظر الوقف، أو المعارة بإذن المعير- بناء أو غرسوا شجرا، وقبل انقضاء

<sup>(1)</sup> الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص109 . - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص463 . - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص376 . - أظفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، المرجع السابق، ج11، ص327 .

<sup>(2)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص161 . - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص34 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص364 .

<sup>(4)</sup> النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج14، ص308 .

<sup>(5)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص194 . - الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص164 . - أبو الحسن، كفاية الطالب الرباني، المرجع السابق، ج2، ص229 .

<sup>(6)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص201 . - الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص167، 168 . - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص203 . - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص402 .

سنين الإجارة أو مدة الإعارة، باع أحد الشركاء نصيبه من البناء، أو حظه من الشجر، كان لشركائه حق امتلاك حصته بالشفعة .

### تعقيب وترجيح :

يبدو أن نظرة الجمهور مبنية على اعتبار أن الأرض أساس كل ثروة، وعماد كل غنى . فالعقار ذو قيمة وهو شيء نفيس، أما المنقول فشيء غير ثمين وليس له قيمة له يعدد بها، ولذا لم يعطوا صفة العقار للبناء أو الشجر إلا بالتبعية للأرض .

إن هذا الاعتبار فيما يظهر قد تجاوزه الزمن، فإذا كانت الدور والمباني التي كانت تقام قديما، لا تبني إلا من الوبر أو الشعر، وقيمة هذه الأشياء فإنها بلا ريب لا تساوي شيئا في مقابل قيمة الأرض التي أقيمت عليها . فإن المباني التي تشيد اليوم بالإسمنت والآجر والحديد والخرسانة المسلحة، تفوق قيمتها أضعاف أضعاف الأرض المقام عليها البناء .

وإذا كانت نظرتهم إلى الشجر مقتصرة على أنها أشجار مثمرة، تنتج ثمرات يقات به ويدخر . فإنه يمكن أن نضيف اعتبارا آخر، يتمثل في تحويل الشجر إلى خشب أو حطب، فيكسب صاحبها من وراء ذلك مالا كثيرا ورزقا وفيرا . بل إن ما يكسبه أصحاب الشجر من حطب أشجارهم يفوق كثيرا ما يكسبه أصحاب الشجر من ثمار أشجارهم .

كما يمكن لنا أن نضيف اعتبارا آخر جديدا، تزداد أهميته وتظهر حاجته يوما بعد آخر، ألا وهو الاعتبار البيئي<sup>(1)</sup> . فالشجرة هي التي تحفظ البيئة وتنظم التوازن الحيوي في هذا الكون، وإذا لم نحافظ عليها بالشكل المطلوب ونوجد لها من الآليات القانونية والتنظيمية اللازمة للمحافظة عليها، فإن الصحراء تغزونا، والرمال تكسونا، ونعيش في فقر وفقر لا يعلم مداهما إلا الله تعالى .

وعليه فإن رأي المالكية هو الراجح والمعقول . لأنه يقوم على حقيقة الأشياء وطبيعتها، فما كان ثابتا ومستقرا بحيث لا يمكن نقله دون هدم أو اقتلاع عد عقارا، وما سوى ذلك فهو منقول . لقد بنوا نظرتهم على معيار يستند إلى طبيعة الأشياء دون الالتفات إلى قيمتها . ورأي المالكية يتفق مع النظر القانوني<sup>(2)</sup> الذي يعتبر العقار هو الشيء المستقر بجزئه والثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف أو فساد .

<sup>(1)</sup> هذا الاعتبار أدرجت المؤسسات التربوية اليوم في برامجها التدريسية مادة البيئة .  
<sup>(2)</sup> انظر المادة 682 من القانون المدني الجزائري، والمادة 82 من القانون المدني المصري .

## الفرع الثاني: نظام السفل والعلو والملكية المشتركة في العقارات المبنية

عرف الفقه الإسلامي ملكية الطبقات في البناء، في صورة السفل والعلو. وبانتشار نمط العمارات الكبيرة ذات الطوابق الكثيرة والشقق المتعددة، عرفت النظم القانونية، بالإضافة إلى نظام السفل والعلو،<sup>(1)</sup> نظام الطبقات والشقق المفروزة، والشيوخ الإجباري. فهل تثبت الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، في كلا النظامين؟ هذا ما تتولى توضيحه في البندين الآتيين .

### البند الأول : نظام السفل والعلو .

كيف الفقه الإسلامي ملكية الطبقات والشقق المفروزة في البناءات المشتركة، في نظام السفل والعلو. وتتلخص أحكام هذا النظام في أن يكون كل من صاحب الطبقة السفلى، وصاحب الطبقة العليا، مالكا لطبقته، ملكية مفروزة. فيملك صاحب السفل الأرض المقام عليها البناء، والأساسات، والجدران الرئيسية والسقف والنوافذ والأبواب ملكية خالصة، فلا شيء من هذا شائع بينه وبين صاحب العلو. ويملك صاحب العلو علوه خالصا أيضا على النحو الذي ملك به صاحب السفل، فيدخل في ذلك الجدران الرئيسية والسقف والأرضية . وكل ما يصل العلو بالسفل، هو أن لصاحب العلو حق الاستناد والقرار الدائم على السفل. وهذا الحق هو الذي تستمد منه التزامات صاحب السفل نحو صاحب العلو .

وبناء على ما سبق، فإذا باع صاحب السفل سفله، أو صاحب العلو علوه، فهل يستطيع كل واحد منهما أن يأخذ نصيب الآخر بالشفعة ؟

ذهب الشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> والمالكية<sup>(4)</sup> إلى أنه لاشفعة من صاحب السفل والعلو لأن الحصص متمايزة، والأبنية مفروزة ولا شركة بينهما فهما جاران<sup>(5)</sup>، ولا شفعة بالجوار عند الجمهور. كما أن العلو لا يعد عقارا لأن السقف الذي تتركز عليه الطبقة العليا لا ثبات له، فهو كالمثقل. ولا يهم إن كان السقف مشتركا أم لا<sup>(6)</sup> .

وذهب الحنفية إلى اعتبار العلو عقارا حكما استحسانا. لأن حق القرار والبناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان، فأشبه العقار الذي لا يحتمل الهلاك، فيلحق بالعقار ويعطى حكمه .

وعليه فإن الشفعة كما تثبت في السفل تثبت في العلو. أما السفل فلا شك فيه لأنه عقار، وأما العلو فلأنه عقار حكما بما له من حق القرار<sup>(1)</sup> . ثم إن العلو إما أن يكون طريقه في السفل أو لا يكون، فإن كان طريقه في

<sup>(1)</sup> نظم القانون المدني المصري نظام السفل والعلو في المواد 859، 861. واكفى القانون المدني الجزائري بنظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية المأخوذ عن القانون الفرنسي الصادر في 28 جوان 1938، ونظم ذلك في المواد 743 وما بعدها. غير أن هذا لا يمنع من الأخذ بنظام السفل والعلو المستمد من الفقه الإسلامي، طبقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري .

<sup>(2)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص 377 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 465 .

<sup>(4)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص 169. محمد عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص 208 .

<sup>(5)</sup> قال الزرقاني: الجار حقيقة هو من عن يمينك أو يسارك أو أمامك أو خلفك، أما من فوقك فهو جار على المجاز. شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص 197 .

<sup>(6)</sup> الشريبي، معني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص 297 .

السفل فالشفعة ثابتة بسبب الشركة في حق الطريق . وإن كان طريق العلو من غير طريق السفل فالشفعة ثابتة بسبب الجوار<sup>(2)</sup> .

بل ذهب أبو يوسف إلى أن الشفعة تثبت لصاحب العلو، حتى وإن بيع السفل بعد أن انهدم العلو. وحجته في ذلك أن البناء وإن انهدم فحق البناء قائم، وأنه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأييد، فكان بمنزلة البقعة . وخالفه محمد، وقال : لا شفعة في ذلك، لأن الشفعة إنما تجب إما بالشركة في الملك، أو بالشركة في الحقوق، أو بجوار الملك، ولم يوجد شيء من ذلك<sup>(3)</sup> .

وذهب الحنفية أيضا إلى أنه كما تثبت الشفعة بين العلو والسفل في الملاصقة الأفقية، تثبت أيضا في كل من العلو والسفل في الملاصقة الجانبية. وعلى هذا إذا كانت دار سفها لرجل وعلوها لآخر فبيعت دار بجانبها فالشفعة لهما . فإن انهدمت الدار قبل أخذ الشفعة، فالشفعة لصاحب السفل عند أبي حنيفة لقيام ما استحق به الشفعة وهو الدار . وقال محمد رحمه الله الشفعة لهما لأن حقه قائم أيضا، فإنه يبني العلو إذا بنى صاحب السفل سفله، وله أن يبني السفل بنفسه ثم يبني عليه العلو، ويمنع صاحب السفل من الاتفاح حتى يعطيه حقه .

\* وإذا هدم صاحب العلو علوه أو تهدم، ثم بدا له أن يبيعه من غير بناء، فهل تثبت الشفعة لصاحب السفل في هذا العلو المبيع؟

اتفق جميع الفقهاء على أن الشفعة لا تثبت لصاحب السفل في العلو المبيع . ومع اتفاقهم هذا، اختلفوا في علة المنع، وسبب هذا الاتفاق .

فيرى الحنفية أنه لا يجوز بيع حق التعلي إلا مع البناء، فمن باعه من غير بناء لا يصح بيعه، لأنه من غير بناء ليس بمال . إذ المال ما يمكن إحرازه<sup>(4)</sup> . ثم هو من جهة أخرى حق متعلق بالبناء، فمن باعه منفردا عن متعلقه لا يصح بيعه<sup>(5)</sup> . ” وقد ذكر في الزيادات فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل بيعه<sup>(6)</sup> . وما أن هذا البيع باطلا، فلا شفعة فيه إذن .

وقال غير الحنفية إنه يجوز بيع حق التعلي استقلالاً . لأن الحقوق عند جمهور الفقهاء أموال . جاء في المدونة : ” قلت رأيت إن بعث ما فوق سقفي عشرة أذرع فصاعدا، وليس فوق سقفي ببيان أيجوز هذا؟ قال هذا عندي جائز . قلت : فتحفظه عن مالك . قال : لا . إذا بين صفة ما يبني فوق جداره من عرض حائطه<sup>(7)</sup> .

<sup>(1)</sup> الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص10، 13 .

<sup>(2)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، 164 .

<sup>(3)</sup> الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص13 .

<sup>(4)</sup> المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج3، ص46 .

<sup>(5)</sup> أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص407 .

<sup>(6)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص13 .

<sup>(7)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص219 .

وقال غير واحد من الفقهاء<sup>(1)</sup> يجوز بيع الهواء فوق البناء . كأن يقول شخص لصاحب أرض بعني عشرة أذرع فوق ما تبنيه بأرضك، ابني فيه بيتا . إن وصف البناء الأعلى والأسفل لفظا أو عادة للخروج من الجهالة والغرر . ويملك الأعلى جميع الهواء الذي فوق الأسفل . وهذا العقد مضمون لا يقبل الفسخ بالهدم، بل إذا انهدم وجب على صاحب السفلى أو وارثه أو المشتري منه إعادة بناء السفلى . ومع إجازة الجمهور لهذا البيع، لم يثبتوا الشفعة لصاحب السفلى في هذا العلو المبيع، وذلك راجع لتكليفهم للعلو والسفلى، حيث يرون أن ملك كل من صاحب العلو والسفلى ملكا مفرزا فلا شركة بينهما، بل هما جاران، ولاشفعة بالجوار عندهم .

- ويبدو لي أن رأي الحنفية في نظام السفلى والعلو هو الراجح والمعقول . فإن صاحب العلو ليس جارا فقط، بل هو شريك على الشيوع في السلم والمصعد والباب الخارجي والطريق والفناء . وعليه فإذا باع صاحب العلو علوه، أو باع صاحب السفلى سفله، فإن كل واحد يأخذ نصيب الآخر بالشفعة .

### البند الثاني : الملكية المشتركة في العقارات المبنية .

مع انتشار نمط العمارات ذات الطوابق الكثيرة والشقق المتعددة، وفي إطار البحث عن حل مناسب لإيواء عدد السكان المتزايد، وتخفيفا من أزمة السكن المتفاقمة، وجدت الهيئات التشريعية في بعض الدول العربية في هذا الأسلوب الجديد في البناء، حلا ملائما للطبقات المتوسطة ذات الدخل المحدود، التي لا يستطيع الفرد فيها أن يملك منزلا منفردا، ولذا لجأت هذه الهيئات إلى تشجيع البناء الجماعي بتسهيل وتيسير إجراءاته، وضبطها بنظم قانونية<sup>(2)</sup>، تختلف في تكييفها عن نظام العلو والسفلى .

ويتمثل هذا النظام في تقسيم العقار إلى جزئين، جزء خاص وجزء مشترك، بحيث يكون لكل شخص جزءا خاصا، ونصيبا شائعا في الأجزاء المشتركة<sup>(3)</sup> .

والأجزاء الخاصة هي كل الأجزاء العقارية المبنية وغير المبنية المعدة للاستعمال الشخصي والخاص، أو هي الطابق أو الشقة المفردة التي يستقل بها مالك واحد<sup>(4)</sup> . أما الأجزاء المشتركة فتشمل الأرضية والأفنية والبساتين والجنان، والمدخل والجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة، والرواق الخارجي، والأسطح، وممرات الدخول، والدرج والمصاعد<sup>(5)</sup> . . . .

<sup>(1)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص21. - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص275. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص14 .

<sup>(2)</sup> نظمت الهيئة التشريعية في الجزائر هذا الأمر في القانون المدني في القسم الخامس من الباب الأول المتعلق بحق الملكية تحت عنوان: الملكية المشتركة في العقارات المبنية في المواد 743 وما بعدها، المعدل والمتمم بالقانون 83 - 01، المؤرخ في 15 ربيع الثاني 1403هـ الموافق 29 جانفي 1983م. ونظم القانون المدني المصري هذا الأمر في المواد 856 إلى 858، ومن 862 إلى 869 .

<sup>(3)</sup> انظر المادة 743 من القانون المدني الجزائري .

<sup>(4)</sup> انظر المادة 744 من القانون المدني الجزائري .

<sup>(5)</sup> انظر المادة 745 من القانون المدني الجزائري .

وترتيباً على ما سبق، فإذا باع أحد المالكين شقته أو طبقته، سواء كان صاحب الطبقة العليا أو صاحب الطبقة السفلى، فهل يمكن امتلاك ما يبيع بالشفعة؟ وإذا ثبت امتلاك حق ما يبيع بالشفعة، فعلى أي أساس يثبت هذا الحق؟

بأن هذا النظام يقوم على أساس الاشتراك في الأرض المقام عليها البناء، والجدران الأساسية في المبنى، والأفنية، والبساتين، والجنانين، وممرات الدخول، والدرج، والمصعد، فإن الشفعة تثبت على أساس الاشتراك في الشئ في هذه الأجزاء المختلفة.

وعليه فإن صاحب الطبقة أو الشقة، إذا باعها فإنما يبيع معها حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة<sup>(1)</sup>، فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة في الأجزاء المشتركة في الطبقة التي يبعث. بل إن الشئ هنا أقوى من الشئ العادي، فهو شئ إجباري، لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من مضار الشئ الإجباري، ولو تخلصوا جزئياً. ومن ثم فإن صاحب الطبقة أو الشقة يكون شئياً في كل الطبقات أو الشقق الأخرى، ولو لم تكن ملاصقة له، لأنه لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا، بل باعتباره شريكا في الشئ في الأجزاء المشتركة<sup>(2)</sup>.

ويمكن أن تثبت الشفعة أيضا في الملكية المشتركة في العقارات المبنية على أساس الجوار، زيادة على ثبوتها على أساس الاشتراك في الشئ في الأجزاء المختلفة. ذلك أن العمارات ذات الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين، تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التي تليها في أعلاها، وملاصقة للطبقة الأسفل في أعلاها. وتكون الملاصقة جانبية للشقق التي تكون في نفس الطابق. وعليه فإنه يجوز لصاحب الشفعة أن يشفع بالجوار في الشقة الكائنة معه في نفس الطابق أو التي تحته مباشرة أو التي فوقه مباشرة.

والخلاصة: أنه في نظام الملكية المشتركة في العقارات المبنية، يشفع صاحب الشقة أو الطبقة في الشقة الملاصقة له ملاصقة أفقية<sup>(3)</sup> أو ملاصقة جانبية<sup>(4)</sup>، على أساس الاشتراك في الشئ في الأجزاء المشتركة. وعلى أساس الجوار. وفي الشقة غير الملاصقة له<sup>(5)</sup> على أساس الاشتراك في الشئ في الأجزاء المشتركة.

وفي هذا الصدد قد يطرح السؤال الآتي، كيف يكون الفصل إذا وقع تنازع بين الشركاء، وهم متساوون في الاشتراك في الأجزاء المشتركة، أو متساوون في الجوار؟

تحصل المفاضلة بين الشفعة إذا تنازعا في أخذ الشئ المبيع بالشفعة، بأحد الاعتبارين الآتين، اعتبار الاشتراك، أو اعتبار الملاصقة. ذلك أن الاشتراك في الشئ في الأجزاء المشتركة، قد يكون مع كل سكان

(1) انظر المادة 747 من القانون المدني الجزائري.

(2) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص569، 570.

(3) الملاصقة الأفقية: كأن تكون الشقة المبيعة في الطابق الثالث، والشقة المشفوع بها في الطابق الثاني أو العكس.

(4) الملاصقة الجانبية: كأن تكون الشقة المبيعة والشقة المشفوع بها في نفس الطابق.

(5) الشقة غير الملاصقة: كأن تكون الشقة المبيعة في الطابق الثاني والشقة المشفوع بها في الطابق الرابع، أو العكس، أو تكون الشقة المبيع في أحد ضوايق المدخل الأول للعمارة، والشقة المشفوع بها في أحد ضوايق المدخل الثاني للعمارة، أو العكس.

العمارة، وقد يكون مع أحدهم فقط . والملاصقة قد تكون من جهة واحدة، أو جهتين أو أكثر . ومن ثم فنحن كان شريكا وملاصقا قدم على الشريك فقط، أو على الملاصق فقط . ومن كان شريكا في الرواق والمدخل الداخليين، قدم على الشريك في الرواق والمدخل الخارجيين . ومن كان ملاصقا من جهتين، قدم على الملاصق من جهة واحدة . فإن تساوا في الاشتراك والملاصقة، أقرع بينهم، أو عرض الأمر للمزايدة، بحسب المصلحة .

## الفرع الثالث : العقار بالتبعية<sup>(1)</sup> .

العقار بالتبعية : وهو منقول بطبيعته إلا أنه رصد على خدمة العقار أو استغلاله له، سواء كان الاستغلال زراعيا كآلات الحرث والري والحصاد، أو كان الاستغلال صناعيا كآلات المصنع وعرباته، أو كان الاستغلال تجاريا كالكراسي والمقاعد، وأدوات الطبخ والأكل التي توجد في المقاهي والمطاعم . أو كان الاستغلال مدنيا كالأثاث الذي تجهز به المنازل المخصصة للإيجار . هذه المنقولات إذا بيعت مستقلة عن العقار، فلا شفعة فيها بحسب طبيعتها على مذهب جمهور الفقهاء الذين لا يثبتون الشفعة في المنقول . ولكن ما حكم هذه المنقولات إذا بيعت مع العقار الخادمة له ؟ . هل تثبت فيها الشفعة أم لا ؟ . وما حكم تلف أو انفصال هذه المنقولات عن العقار التابعة له ؟ .

### أولا : ثبوت الشفعة في العقار بالتبعية .

جاء في المغني :<sup>(2)</sup> والحكم في الغراف والدولاب والناعورة كالحكم في البناء<sup>(3)</sup> . والغراف والدولاب والناعورة<sup>(4)</sup> آلات يستخرج بها الماء للشرب وسقي الأرض وغيرها . وجاء في الحاوي الكبير للماوردي<sup>(5)</sup> : أن الرحاء والدولاب إذا أفردا بالبيع فلا شفعة فيهما قولا واحدا . أما إذا بيعا مع الأرض، فقد ذكر عدة أقوال منها أن الشفعة ثابتة فيهما على وجه التبع للأرض .

وقال الباجي<sup>(6)</sup> : إن ما ينقل ويحول من الحيوان والعروض لا شفعة فيه . . . إذا بيعت مفردة . أما إذا كانت تبعا لغيرها كالرقيق والدواب لتعمير الأرض والحائط . ففي العيبيية من رواية عيسى فيمن اشترى شقصا من حائط، وفيه رقيق ودواب فليأخذ الشفيع مع رقيقه ودوابه إذا لم يكن للحائط منهم بد . وزاد في كتاب محمد

<sup>(1)</sup> آثرت استعمال مصطلح العقار بالتبعية على مصطلح العقار بالتخصيص، لأنه تبين لي من خلال النصوص الفقهية للفقهاء المسلمين المنقولة في المتن وغيرها، وخاصة منهم المالكية، أن الفقه الإسلامي يعرف نظرية العقار بالتبعية، ولا يعرف نظرية العقار بالتخصيص التي تتبناها النظم القانونية الأخرى . فقد سبق أن رأينا في الفرع الأول، أن الجمهور من الفقهاء ماعدا المالكية، يثبتون صفة العقار بالتبعية للبناء والشجر، إذا بيعا مع الأرض . ويعتبرون البناء والشجر من المنقول إذا بيعا منفردين . والباجي من المالكية يعطي صفة التبعية للحائط، دون أن يضي صفة العقار على كل من الرقيق والدواب العاملين في الحائط، والذين هم صلاح الحائط وعمارته، والرحاء والدولاب والذين يتم بهم خدمة الحائط وسقيه .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص465 .

<sup>(3)</sup> الناعورة: آلة يسقى بها يديرها الماء ولها صوت الجمع نواعير . الدولاب: هي آلة كالناعورة تديرها الإبل أو البقر أو الحمير . عبد الغني الصعبيدي وحسين يوسف موسى، الإفصاح في فقه اللغة، المرجع السابق، ج2، ص1001 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص60 .

<sup>(5)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص222 .



لو اقتسم الحائظ أو باع أحدهم نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لأحد فيه، ووجه ذلك أنهم بعض صفات الحائظ، لأنه لا يكون على تلك الصفة إلا به، فهم منه على وجه التبعية.

وقال الباجي<sup>(1)</sup> أيضا: "من اشترى شقصا من دار أو أرض مما فيه الشفعة ومعه في الصفقة ما لا شفعة فيه من الحيوان وغيره من العروض... كعبيده العاملين فيه ودوابه وآلاته... ففيه الشفعة. لأن صلاح الحائظ وعمارته لا يتم إلا به... فالشفعة فيه على وجه التبعية للحائظ... وإنما يكون له حكم التبعية، إذا كان قد أثر في الحائظ عمله أو العمل به، فأما ما لم يعمل به بعد في الحائظ، ولم يكن فيه تأثير فلا يكون صفة من صفات الحائظ... وقال أشهب<sup>(2)</sup>: "باب الدار ورقيق الحائظ يحكم له بالاتصال وهو منفصل...".

وهكذا يتبين لنا من خلال هذه الأقوال المتعددة للفقهاء أن المنقول إذا بيع مع العقار التابع له، والمرصود لخدمته واستغلاله، فإن الشفعة تثبت فيه على وجه التبعية للعقار.

ويظهر من خلال كلام الباجي أن المنقول حتى يصبح بعض صفات العقار ويكتسب صفة التبعية له، لا بد أن يكون قد أثر في العقار عمله أو العمل به. وخدمة العقار واستغلاله متوقفة عليه. وبعبارة أخرى فحتى يتمكن أن نقول على منقول أنه عقار بالتبعية فلا بد أن يكون أولا: ملحق بالعقار ومخصص لخدمته، لا خدمة صاحب الحائظ. وثانيا: لا بد أن يكون وجوده ضروريا لخدمة العقار واستغلاله.

### ثانيا: حكم العقار بالتبعية إذا انفصل عن العقار الأصلي وهو في يد المشتري

تبين لنا مما سبق أن العقار بالتبعية تثبت فيه الشفعة تبعا للعقار الملحق به، فلا يجوز للشفيع أن يفصل في طلب الشفعة بين العقار الأصلي، والعقار بالتبعية. ولكن هل يؤثر تلف أو انفصال العقار بالتبعية عن العقار التابع له، في قيمة الشقص المأخوذ. إذا كان لا يزال بعد في يد المشتري قبل أخذ الشفيع بالشفعة؟

للجواب على هذا السؤال ميز الفقهاء بين حالتين. حالة التلف أو الانفصال بفعل المشتري أو غيره<sup>(3)</sup>، وحالة الانفصال أو التلف بفعل آفة سماوية.

1 - حالة الانفصال أو التلف بفعل المشتري أو غيره: ذهب المالكية والحنابلة والحنفية ورأي عند الشافعية<sup>(4)</sup> إلى أنه إذا تصرف المشتري أو غيره في العقار بالتبعية، بالبيع أو الهبة، أخذ الشفيع العقار الأصلي وما بقي من العقار بالتبعية بحصته من الثمن. أي أن الشفيع ينقص قيمة ما نقص من الشقص المبيع.

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص214.

<sup>(2)</sup> القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج7، ص289.

<sup>(3)</sup> إذا كان التلف أو الانفصال بفعل الغير فإنه يضمن ما تلف، وعليه فإنه لا يلحق المشتري ضرر إذا أنقص له الشفيع قيمة ما نقص من الشقص المبيع.

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص52. - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص165. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص503. - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص222.

2 - حالة الانفصال أو التلف بفعل آفة سماوية: ذهب المالكية والحنفية ورأي عند الشافعية إلى أنه إذا وقع الانفصال أو التلف بآفة سماوية، كما لو كان العقار بالتبعية حيوانات ومواشي، أصابها وباء فماتت. أو آلات فاحترقت، أو غرقت. فعلى الشفيع أخذ الشقص المبيع بجميع الثمن، أي أنه لا ينقص قيمة ما تلف .  
وجه ذلك أن العقار بالتبعية لما كان جزءاً من العقار المبيع، فإن أتلف المشتري أو غيره أعيانهم لزم تقسيط الثمن. وإن هلك بغير فعل المشتري كافة سماوية لم يكن للشفيع إلا أخذ الباقي بجميع الثمن .  
وخالف الحنابلة في الحالة الثانية وقالوا: إن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه في يده. وعليه فإن الشفيع يأخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء كان التلف بفعل آفة سماوية، أو بفعل آدمي. وسواء تلف باختيار المشتري أو بغير اختياره .

## الفرع الرابع : حقوق الارتفاق (1)

وهو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر. فهل إذا حصل اشتراك في حق من حقوق الارتفاق يكون ذلك سبب من أسباب استحقاق الشفعة ؟  
اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة بالشركة في حقوق الارتفاق، فذهب الحنفية والشيعة الإمامية، إلى أن الاشتراك في حقوق الارتفاق سبب من أسباب استحقاق الشفعة. ولم ير ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة. واليك رأي كل مذهب .

**الحنفية والشيعة الإمامية :** ذهب الحنفية<sup>(2)</sup> والشيعة الإمامية<sup>(3)</sup> إلى أن الشفعة كما تثبت بالاشتراك في نفس العقار، تثبت كذلك بالاشتراك في حقوق العقار. كحق الشرب<sup>(4)</sup>، وحق الطريق أو المرور<sup>(5)</sup>، وحق المسيل<sup>(6)</sup>. ذلك أن علة ثبوت الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال. والاتصال كما هو موجود بالشركة في عين العقار، موجود كذلك بالشركة في حقوق العقار. وإن كان في الشركة في عين العقار أشد وأقوى من الشركة في حقوق العقار<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول. وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران دون نظير إلى المالك، مثل حق الشرب، وحق الخرج، وحق المسيل، وحق المرور، وحق الخوار والعلو. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص63، وج5، 496 .

<sup>(2)</sup> الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ج2، ص107. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص24.

<sup>(3)</sup> الحسن بن علي الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ص424، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1400هـ، 1980م .

<sup>(4)</sup> حق الشرب: بكسر الشين، هو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر. أو هو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض. ويلحق به حق الشفة أو حق الشرب، بضم الشين، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي، وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص64 .

<sup>(5)</sup> حق الطريق أو المرور: هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه، داراً أو أرضاً، بطريق يمر فيه، سواء كان من طريق عام أو من طريق خاص، مملوك له أو لغيره أو لهما معاً. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص607 .

<sup>(6)</sup> حق المسيل: هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح، إلى المصارف والبحاري العامة، بواسطة مجرى سطحي أو أنبوب مستور سواء من أرض أو من دار أو مصنع. ويقابل المسيل الخرج. والفرق بين حق المسيل وحق الخرج، هو أن حق الخرج يخلب الماء الصالح للأرض، وحق المسيل لتصريف الماء غير الصالح من الأرض أو الدار أو نحوها. والمسيل قد يكون مملوكاً للمنتفع به أو لخاصة الأرض التي يمر فيها وقد يكون في مرفق عام. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص606 .

<sup>(7)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص8 .

ولذا كانت أسباب استحقاق الشفعة عند الحنفية ثلاثة وهي: الشركة في نفس المبيع، ثم الشركة في حقوق المبيع، ثم الجوار. فإذا اجتمعت هذه الأسباب، يراعى في ترتيبها تقديم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك على الخليط،<sup>(1)</sup> والخليط على الجار.

غير أن الحنفية قيدوا حقوق الإرتفاق التي تثبت بها الشفعة، بالحقوق الخاصة<sup>(2)</sup>. ويقصدون بها الطريق الخاص والشرب الخاص والمسيل الخاص، في مقابل الطريق العام، والشرب العام، والمسيل العام.

والمسيل الخاص: هو الذي يحصى شركاؤه، وما لا يحصى شركاؤه فعام، وقيل ذلك مفوض لأمر القاضي. والطريق الخاص أو غير النافذ هو الطريق الذي لأهله الحق في منع غيرهم من استطراقه وسده، إذ منفعة محصورة عليهم. والشرب الخاص: هو النهر الصغير الذي تسقى منه أراضي معدودة، أو كروم معدودة.

واختلف الحنفية في الحد الفاصل بين النهر الصغير والكبير، أو الخاص والعام. فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا كان تجري فيه السفن فهو كبير، وإن كان لا تجري فيه السفن فهو صغير. وقال بعضهم ما يحصى شركاؤه فصغير، وما لا يحصى شركاؤه فكبير. وقال بعضهم: إن كان شركاؤه مائة فدونهم فهو صغير، وإن كانوا أكثر من مائة فهو كبير. وقال بعضهم: هو مفوض لأمر القاضي<sup>(3)</sup>. والصحيح عندي أن هذا الأمر متروك للسلطات العامة المختصة، هي التي تصنف الأنهار إلى صغير وكبير، أو عام وخاص. وتحديد طرق السقي ونظمتها.

وبناء على ما سبق فإنه لا تثبت الشفعة في شرب عام كالشرب من نهر النيل أو دجلة أو الفرات. ولا في طريق عام، وهو ما لكل إنسان الحق في المرور عليه والانتفاع به. ولا في مسيل عام كمصرف عام. والقول بثبوت الشفعة في الشرب الخاص، والطريق الخاص، محل اتفاق عند الحنفية. أما ثبوتها بالشركة في المسيل الخاص فمحل اختلاف بينهم. والأصح ثبوتها فيه<sup>(4)</sup>.

وترتبا على ما سبق إذا كانت دار مشتركة بين رجلين في طريق خاص غير نافذة، فباع أحدهما نصيبه من الدار فالشفعة لشريكه أولا لأن شركته في عين الدار، فإن سلم<sup>(5)</sup> فالشفعة لأهل الطريق كلهم يستوي فيه الملاصق للدار المبيعة وغير الملاصق<sup>(6)</sup> لأنهم كلهم شركاء في الطريق<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> إذا استعمل الخليط فإنه يراد به الشريك في حقوق الإرتفاق، أو الشريك في حقوق المبيع، لأن الخليط لغة هو الشريك. قال تعالى: " وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ". سورة ص، آية رقم 20.

<sup>(2)</sup> المرغبناني، الهداية، المرجع السابق، ج 4، ص 25.

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 8.

<sup>(4)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 5، ص 170. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 10.

<sup>(5)</sup> وروي عن أبي يوسف أنه قال إذا سلم الشريك سقطت الشفعة. وهذا رأي يتفق مع الجمهور الذين يحضرون الشفعة في الشريك فقط. وقال محمد رحمه الله: أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق إذا كان ملكهم أو كان فناء غير مملوك. فإذا كان ملكا لم فظاهر لوجود الخلطة، وهي الشركة في الطريق. أما إذا كان فناء غير مملوك فلاهم أحص به من غيرهم فكان في معنى الملك. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 9، 8.

<sup>(6)</sup> يذكر الفقهاء صوراً أخرى لأخذ الشفعة بالطريق الخاص، قل وجودها اليوم بسبب المخططات العمرانية التي تنظم المدن والتجمعات السكانية المختلفة، والتي تحدد سلفاً كل الحقوق والواجبات المترتبة على ذلك.

<sup>(7)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 5، ص 166.

وإذا كان هناك نهر صغير مشترك بين قوم تسقى أراضيهم، منه وبيعت أرض تسقى من هذا النهر، كانت الشفعة للشريك في هذه الأرض أولاً. فإن سلم كان لأصحاب الأراضي الأخرى التي لها حق الشرب من هذا النهر الخاص، أخذ هذه الأرض بالشفعة. سواء كانت أراضيهم ملاصقة للأرض المبيعة، أم غير ملاصقة. لأنهم كلهم سواء في حق الشرب<sup>(1)</sup>.

وإذا تفرع من النهر الصغير نهر آخر فرعي، فإن حق الشفعة يثبت فيما يباع من الأرض التي تسقى من النهر الفرعي لأصحاب هذه الأراضي فقط. لاختصاصهم بحق الشرب من هذا النهر. بخلاف ما إذا كانت الأرض المبيعة تسقى من النهر الأصلي، فإن حق الشفعة يثبت لجميع أصحاب الأرض التي تسقى من الاثنين. لأنهم جميعاً شركاء في حق الشرب من النهر الأصلي<sup>(2)</sup>.

وإذا تراحم الشفعاء على أرض لها حقان، حق في شرب خاص، وحق في طريق خاص، كان صاحب الشرب أولى في أخذ الشفعة من صاحب الطريق. كما أن الشريك في الطريق الخاص أولى بالشفعة من الشريك في المسيل الخاص. ذلك أن حق الشرب به حياة الأرض وعمارتها، فضرره إذا وقع أشد وأبلغ، من ضرر حق الطريق، وحق المسيل أقلهما ضرراً<sup>(3)</sup>.

ولا اعتبار بتعدد الاشتراك في الحقوق الخاصة، فلو فرضنا أن هناك رجلان لكل منهما حق شرب، وكان لأحدهما اشتراك في طريق خاص، وبيعت أرض تسقى من النهر الذي لهما فيه حق الشرب، فهما سواء في حق طلب الشفعة. ولا يتقدم صاحب حق الشرب والطريق، على صاحب حق الشرب فقط. لأن التقدم يكون بقوة السبب لا بتعدد، وحق الشرب أقوى من حق الطريق<sup>(4)</sup>.

**المالكية :** لا يرى المالكية<sup>(5)</sup> ثبوت الشفعة بحق الارتفاق، سواء كانت هذه الحقوق المقررة لمنفعة عقار آخر. اشتراك في العرصة والساحة، أو في البئر والعين، أو في المرر والطريق.

فلا شفعة في ساحة الدار سواء بيعت الساحة مع البيوت، أو بيعت الساحة وحدها. لأن الساحة لما كانت تابعة لما لا شفعة فيه، كانت لا شفعة فيها. قال ابن القاسم: قال مالك: "إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة (الساحة) فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة، ولا شفعة لشريكه في العرصة بها ولا فيها. قال أشهب: وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة إلا نصيبه من البيوت، وإن كانت العرصة واسعة، إلا أن يجتمع ملؤها على بيعها فيجوز، فإن أباه أحدهم فهو مردود، لأنها بقيت مرفقا بينهم<sup>(6)</sup>.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص9.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص9.

(3) الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص336.

(4) الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص337.

(5) الخطاب، مواهب الخليل، المرجع السابق، ج5، ص319. - الشيخ محمد عيش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص206، 207، 209.

الخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص169.

(6) الخطاب، مواهب الخليل، المرجع السابق، ج5، ص320.

وكذلك ممر الدار والطريق الموصل إليها لا شفعة فيه عندهم، ولو كان واسعا يقبل القسمة. فلو اقتسم شركاء بيوتا أو دورا، وتركوا مررا ينتفعون به، وباع أحدهم ما يخصه فيه، فلا شفعة للبقية. سواء باع حصته من المرمع ما حصل له من البيوت بالقسمة، أو باع حصته من الممر وحده<sup>(1)</sup>.

وكذلك البئر والعين المشتركة التي قسمت أرضها فلا شفعة فيها أيضا عندهم، اتحدت البئر أو تعددت. أما إذا كانت الأرض لم تقسم، وباع أحد الشركاء نصيبه من البئر أو العين مع الأرض، أو باع نصيبه من العين أو البئر المشتركة فقط، فلشريكه الأخذ بالشفعة<sup>(2)</sup>.

قال اللخمي: "إن قسمت بيوت الدار دون مرافقها، من ساحة وطريق وبئر وماجل<sup>(3)</sup>. ثم باع أحد الشركاء حظه من بيوتها بمرافقها التي لم تقسم، فلا يستشفع فيما قسم بالشركة فيما لم يقسم. ولا يستشفع في الساحة والطريق والبئر والمأجل، لأجل بقاء الشركة فيها، لأنها من منفعة ما قسم ومصالحته. فإن باع نصيبه من الساحة والبئر والمأجل خاصة، كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن في ذلك ضررا بهم. وإن كان قد أسقط تصرفه فيها وصرف بيوته إلى مرافق أخرى، فإن باعها من أهل الدار جاز لبقية الشركاء الشفعة على أحد القولين في الشفعة فيما لا ينقسم. وإن باعه من غير أهل تلك الدار، كان لهم رد بيعه. لأن ضرر الساكن أشد من ضرر غير الساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة<sup>(4)</sup>."

**الحنابلة:** ويرى الحنابلة أنه لا شفعة بحق الشرب "قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد. فلا شفعة له من أجل الشرب"<sup>(5)</sup>.

وقالوا أيضا: "إذا بيعت الدار، ولها طريق في شارع أو درب نافذ، فلا شفعة في تلك الدار، ولا في الطريق، لأنه لا شركة لأحد فيهما. وإن كان الطريق في درب غير نافذ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق، فلا شفعة أيضا. لأن إثباتها يضر بالمشتري، لأن الدار تبقى لا طريق لها. وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ، نظرنا في الطريق المبيع مع الدار، فإن كان ممرا لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه. وإن كان تمكن قسمته، وجبت الشفعة فيه. لأنه أرض مشتركة تحمل القسمة، فوجبت<sup>(6)</sup> فيه الشفعة كغير الطريق<sup>(7)</sup>."

(1) الخرخشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص170.

(2) سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص424، 432. الخرخشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص169.

(3) المأجل: مستشفع الماء. الجمع مأجل، والمأجل شبه حوض واسع يؤجل أي يجمع فيه الماء إذا كان قليلا ثم يفجر إلى المشارات والمزرعة والآبار. وأجله فيه جمعه، وتأجل فيه جمع. ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج1، ص80، مادة أجل.

(4) الشيخ محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص209. الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص320. - حاشية المراق على الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص319.

(5) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص463.

(6) ويحتمل أن لا تحب الشفعة فيها بحال، لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر، مع ما في الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري، وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض، فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار فأراد الأخذ بالطريق وحدها.

(7) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص467.

**الشافعية :** وذهب الشافعية<sup>(1)</sup> مذهب الحنابلة والمالكية إلى عدم ثبوت الشفعة بالشركة في حقوق الارتفاق . وقالوا : إذا بيعت دار ولها شريك في ممرها ، فلا شفعة في الدار ، لاتقاء الشركة فيها . والشفعة تثبت عند وجود الاشتراك في العين المبيعة . وهذه الحالة تشبه ما لو باع عقارا غير مشترك ، وشقصا مشتركا . أما الممر فإن كان طريقا عاما نافذا فلا شفعة فيه قطعا ، لأنه غير مملوك العين ، وإنما هو مستحق المنفعة . قال المزني : قال الشافعي : " وأما الطريق التي لا تملك فلا شفعة فيها ولا بها " <sup>(2)</sup> .

وإن كان طريقا خاصا غير نافذ فاختلفوا فيه<sup>(3)</sup> على ثلاثة أقوال :

**الأول :** إن كان لمشتري الممر طريقا آخر لداره ، أو أمكن من غير مؤنة وكلفة وضرر عليه الوصول إلى داره من طريق يفتح باب إلى الشارع العام مثلا ، فالصحيح ثبوت الشفعة فيه ، بما يخصه من الثمن . وإلا فلا تثبت الشفعة في الممر لما فيها من إضرار المشتري . والشفعة شرعت لدفع الضرر ، فلا يزال الضرر بالضرر . إذ لا ضرر ولا ضرار . الثاني : تثبت الشفعة في الممر والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار . الثالث : المنع مطلقا لأن فيه ضرر ظاهر . ومجرى النهر ، وبئر المزرعة ، وصحن الدار كالممر فيما ذكر .

**الترجيح :** ويبدو لي أن ما ذهب إليه الحنفية والشيعة الإمامية هو الراجح . لأن الضرر الحاصل بالشركة في حقوق الارتفاق ، كالضرر الحاصل بالشركة في العقار نفسه أو أقرب إليه ، ورفع مصلحة للشريك من غير مضرة تقع على البائع أو على المشتري . ولعل ما يؤيد هذا أيضا حديث جابر الذي ورد فيه " أن الجار أحق بشفعة جاره ينظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا " <sup>(4)</sup> . فالحديث أثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ونفاها باختلاف الطريق بقوله " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " <sup>(5)</sup> .

## الفرع الخامس : الشفعة في الزرع .

إذا باع شخص زرعه قبل الحصاد فهل لشريكه أن يأخذ ما باع بالشفعة ؟ لبيان هل لشريكه حق أخذ ما بيع بالشفعة أم لا نميز في هذا البيع بين حالتين . حالة بيع الزرع مع الأرض ، وحالة بيعه مفردا عن الأرض .  
**الحالة الأولى :** إذا بيع الزرع وحده دون الأرض .

<sup>(1)</sup> الشريبي، معنى المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص298. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص199. - الشوزي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص377.

<sup>(2)</sup> إسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، ص120، دار المعرفة بيروت لبنان .

<sup>(3)</sup> محل الخلاف إذا لم يتسع الممر، فإذا اتسع بحيث يمكن يترك للمشتري منه شيئا يمر فيه تثبت الشفعة في الباقي مطلقا، وفي المقدار الذي لا يتأتى المرور بدونه الخلاف .

<sup>(4)</sup> الحديث رواه الخمسة إلا النسائي، انظر الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص86 .

<sup>(5)</sup> رواه البخاري حديث رقم 6976، انظر فتح الباري، المرجع السابق، ج12، ص345 .

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> أنه لا شفعة في هذا الزرع. واختلف الرأي عند المالكية<sup>(4)</sup> فوافق ابن القاسم الجمهور على أنه لا شفعة في هذا الزرع، على اعتبار أن الزرع ليس له أصل ثابت تجنى ثمرته مع بقائه. وقد روى ابن القاسم عن مالك أنه لا شفعة في الزرع، لأنه لا يحل بيعه حتى يبس<sup>(5)</sup>. وقال أشهب: الشفعة ثابتة في الزرع على اعتبار أنه ثمرة متغذية بالأصل كالثمرة التي لم تبس.

الحالة الثانية: إذا بيع الزرع مع الأرض.

ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بعدم ثبوت الشفعة في الزرع إذا بيع مع الأرض. وخالف المالكية والحنفية في ذلك وقالوا: بثبوت الشفعة في الزرع على وجه التبع للأرض. لأنه في هذه الحالة متصل بما يؤخذ فيه الشفعة. جاء في المبسوط<sup>(6)</sup> وفي القياس لاشفعة في الزرع لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها ولهذا لا يدخل في البيع إلا بالذكر، فهو كالمناجاة الموضوع في الأرض لا يستحق بالشفعة، وإن اشترى مع الأرض. ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالأرض ما لم يحصد وما كان من المنقول متصلاً بالعقار يستحق بالشفعة تبعاً<sup>(6)</sup>. ثم إن الشفيع مقدم على المشتري شرعاً، فإذا تقدم الشفيع لأخذ الشفعة قبل الحصاد، أمكنه أخذ الأرض والزرع على الوجه الذي أوجبه العقد. أما إذا تقدم لأخذ الشفعة بعد الحصاد فقد تحول الزرع إلى منقول ولا شفعة في منقول.

ويشبه المسألة الأولى، مسألة ظهور الشفيع بعد أن زرع المشتري الأرض.

- قال الحنفية: في القياس للشفيع أن يأخذ الأرض ويقلع الزرع. لأن المشتري زرع في أرض غيره، ولذا كان الشفيع أحق بالأرض منه، فالمشتري كالغاصب الذي زرع الأرض المغصوبة. غير أن الاستحسان يقتضي أن لا يأخذ الشفيع الأرض حتى يحصد المشتري الزرع. لأن المشتري كما لا يمكن من إبطال حق الشفيع، لا يمكن من تأخير حقه، لأن التأخير من وجه إبطال حق. ثم إن المشتري حين زرع زرع في ملكه، فلم يكن متعبداً بخلاف الغاصب. ثم إن للزرع نهاية معلومة، فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع. أما إذا قلع الشفيع الزرع تضرر المشتري بإبطال ملكه وماله. وضرر التأخير الذي يلحق الشفيع، دون ضرر الإبطال الذي يصيب المشتري.

- وفرق المالكية<sup>(7)</sup> في مسألة ظهور الشفيع بعد أن زرع المشتري الأرض بين فرضين. فرض ظهور الشفيع قبل أن ينبت الزرع، وفرض ظهور الشفيع بعد أن نبت الزرع.

(1) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 14، ص 133.

(2) الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 1، ص 377.

(3) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 464.

(4) الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج 6، ص 203. - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 208. - القرابي، الذخيرة، المرجع السابق، ج 7، ص 298.

(5) سبب اختلاف قول المالكية هو اختلافهم في تفسير قول مالك أنه "لا يحل بيع الزرع حتى يبس".

(6) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 14، ص 133، 134.

(7) الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج 6، ص 203. - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 208. - القرابي، الذخيرة، المرجع السابق، ج 7، ص 298.

الفرض الأول: إذا ظهر الشفيع قبل أن ينبت الزرع. على مذهب أشهب الشفعة ثابتة في الأرض والزرع. وعلى مذهب ابن القاسم لاشفعة في الزرع على الجملة. وقوله يحتمل وجهين، الأول: أنه يأخذ بالشفعة الأرض وإن لم ينبت الزرع، وذلك إذا أجرى الشفعة مجرى الاستحقاق<sup>(1)</sup>. الثاني: ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى ينبت الزرع، وذلك إذا أجرى الشفعة مجرى البيع.

الفرض الثاني: إذا ظهر الشفيع وقد نبت الزرع. قال ابن القاسم: لا شفعة له في الزرع لأنه ليس له أصل ثابت ولا هو من آلات الأصل، فلم تثبت فيه الشفعة كالثياب. بل الشفعة ثابتة في الأرض فقط. وعلى الشفيع أن يدفع للمشتري ما أنفق من تكاليف الحرث، والبذر والسقي وغيرها. وليس للمشتري شيء من الزرع، ولا حق له في كراء الأرض<sup>(2)</sup>. وقال أشهب في الموازية للشفيع إذا قام والزرع أخضر أن يأخذ بالشفعة الأرض والزرع. بل ليس له إلا ذلك، لأنها ثمرة متغذية بالأصل، كالثمرة التي لم تيبس.

### الفرع السادس: الثمار الظاهرة<sup>(3)</sup>.

من باع أرضاً وعلى نخلها ثمر مشترك بين قوم، فهل لشريكه أخذ ما بيع بالشفعة؟ نميز في ثبوت الشفعة وعدمها في الثمار بين حالتين. حالة بيع الثمار مع الأرض، وحالة بيع الثمار منفصلة عن الأرض.

الحالة الأولى: أن تباع الثمار مع الأرض.

لم ير الحنابلة<sup>(4)</sup> والشافعية<sup>(5)</sup> ثبوت الشفعة في الثمار الظاهرة إذا بيعت مع أصولها - الأرض والنخلة - لأنها منقول كسائر المنقولات. غير أنهم استثنوا الثمار غير الظاهرة كطلع لم يؤبر<sup>(6)</sup> فإنه يتبع الأصل في البيع قياساً على البناء والغراس فتثبت فيها الشفعة.

وذهب الحنفية<sup>(7)</sup> والمالكية<sup>(8)</sup> إلى أن الثمار الظاهرة إذا بيعت مع الأرض، كمن اشترى أرضاً على نخلها ثمر، فإنه يأخذ الثمار بالشفعة استحساناً. لأنها متصلة بما فيه الشفعة ولأنها تبع للأرض بمجرد العقد، فتثبت فيها

<sup>(1)</sup> الاستحقاق لغة: طلب الحق. وشرعاً: هو أن يدعي شخص ملكية شيء ويثبت دعواه ويقضي له القاضي بملكته وانتزاعه من يد حائز. وعرفه المالكية بقولهم: رفع ملك بثبوت ملك قبله. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص348.

<sup>(2)</sup> قال ليس له حق في كراء الأرض. لأنه قد يعتز أحد فيقول: إن المشتري حين زرع الأرض زرع في ملكه، فلما أخذت منه الأرض بالشفعة ثبت له حق كراء الأرض إلى وقت حصاد الزرع. لأنه لم يكن متعدياً حين قام بالزرع. وهذا اعتراض غير سليم، لأن الشفيع حين أخذ الأرض بالشفعة أخذها بوجه حق. ولو أتينا حق الكراء للمشتري جراً على الشفيع، لمسننا بهم خاصية من خصائص الملك، وهي حرية التصرف. وعليه فإن للشفيع كامل الحرية في كراء الأرض وعدمها. وخاصة وقد دفع للمشتري كل المصاريف التي أنفقها في زرع الأرض. فيصبح حال المشتري كحال من زرع في أرض الغير بدون إذنه. وقد جاء في حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - قوله "من زرع في أرض قوم بغير إذنه فليس له من الزرع شيء وله نفقته". رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج. قال البخاري وهو حديث حسن. انظر الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص66.

<sup>(3)</sup> احترازاً من الثمرة غير الظاهرة، فإنها تتبع المبيع من غير ذكر.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص464.

<sup>(5)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص377. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص297.

<sup>(6)</sup> التأبير: التشقيق والتلقيح، ومعناه شق طلع النخلة الأثني ليدر فيها شيء من طلع النخلة الذكر.

<sup>(7)</sup> الغمي، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ج2، ص119. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص34. - قاضي زاده، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، المرجع السابق، ج9، ص402.

<sup>(8)</sup> الشيخ محمد عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص204.



الشفعة تبعا . واشترط الحنفية ذكر الثمار في عقد البيع، لأنها لا تدخل من غير ذكر، فإنها كمتاع الدار لا تدخل في الشفعة إلا تبعا .

الحالة الثانية : أن تباع الثمار استقلالا عن الأرض .

لم ير جمهور الفقهاء ثبوت الشفعة في الثمار . واختلف الرأي عند المالكية،<sup>(1)</sup> فذهب أصبغ وابن الماجشون كما روى ابن المواز عنه أنه قال : لاشفعة في الثمار لأنها مما ينقل ويحول . وروى ابن القاسم وأشهب أن الشفعة ثابتة في الثمار وهو الرأي الراجح والمشهور عند المالكية . وقد روي عن مالك أنه قال : استحسنت الشفعة في الثمار وما علمت أحدا قاله قبلي<sup>(2)</sup> . ولأنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض، ولأنها تبع للأرض بمجرد العقد فثبتت فيها الشفعة كالشجر .

وعلى هذا الرأي المشهور فإن الثمار إما أن تباع مفردة، أو تباع مع أصولها .

فإذا بيعت مفردة، فإن أشهب قال: الشفعة ثابتة فيها ما لم تزال الأصل . لأن الثمرة ما دامت في النخل فهي متصلة بالأصل، فإن حكمها حكمه في الشفعة . وقال ابن القاسم : الشفعة ثابتة في الثمار ما لم تيبس أو تجذ.<sup>(3)</sup> لأنها إذا يبست أو جذت لم تتصل بالأصل، فلا يثبت فيها حكم الشفعة .

أما إذا بيعت مع الأصل ففيها حالتان : ذلك أن النخل إذا بيعت فلا يخلو أن يكون فيها ثمر أو لا يكون .

أ - فإن لم يكن فيها ثمر، أو فيها ثمر لم يؤبر، وجاء الشفيع يطلب الشفعة، فإنه يأخذ الثمرة مع الأصل لاختلاف في ذلك .

ب - فإن جاء الشفيع وقد أبر المشتري الثمرة أو أزهرت عنده<sup>(4)</sup> . قال أشهب : يأخذ الشفيع الأصل، دون الثمرة لأن الشفعة بيع ومأبور الثمرة للبائع<sup>(5)</sup> وهو قول بعض المدنيين . وقال ابن القاسم : يأخذ الشفيع الثمرة مع الأصل . لأن الثمرة لم تفارق الأصل حكما باليبس أو فعلا بالجذ، فكانت تبعا للأصل فيما يستحق بمعنى ماض كالاستحقاق . ثم إن الثمرة فيها الشفعة ما دامت في حال النماء، فثبت فيها حكم الشفعة تبعا وأصلا<sup>(6)</sup> .

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص201، 203 . - القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج7، ص295 .

<sup>(2)</sup> الشيخ محمد عlish، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص203 .

<sup>(3)</sup> الجذ : يقال جذذت الشيء: أي كسرته وقطعته. وفي القرآن الكريم "عطاء غير مجدود" سورة هود آية رقم 108. أي غير مقطوع. ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج2، ص217. مادة جذذ .

<sup>(4)</sup> زها النخل يزهو: إذا ظهرت ثمرته. يقال: أزهى النخل وزها زهوا إذا تلون بحمرة وصفرة. روى أنس بن مالك أن النبي - صلى الله عليه وسلم - "لم يبيع الثمر حتى يزهو، قيل لأنس وما زهوه؟ قال أن يجر أو يصفر". ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج6، ص106، مادة زها.

<sup>(5)</sup> كما جاء في الحديث عن ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - من ابتاع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع... رواه ابن ماجه. الشوكاني، نيل الأوضار، المرجع السابق، ج5، ص273 .

<sup>(6)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص201 .

## الفرع السابع : المحاجر والمعادن (1)

المحاجر : هي المواضع التي يستخرج منها المواد المعدنية الصالحة للبناء كالإسمنت، والحصى والرمل وغيرها .  
أما المعادن فقد عرفها ابن قدامة بقوله: " كل ما خرج من الأرض مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة"<sup>(1)</sup> .

قال ما خرج من الأرض: احترازا مما يخرج من البحر من الجواهر الكريمة كاللؤلؤ والمرجان . وقال مما يخلق فيها: احترازا من الكنز الذي يوضع فيها بفعل البشر لا بخلق الله تعالى، وهو الذي يسمى في الفقه الركاز . وقال من غيرها: احترازا من الطين والتراب لأنه من الأرض . وقال مما له قيمة: أي مالا تتعلق به الحقوق، وقد مثل له بالحديد والياقوت والزبرجد والبلور والكحل، وكذلك المعادن الجارية كالنفط والقار والكبريت ونحو ذلك .

هذه المعادن والمحاجر عقارات بطبيعتها لاتصالها بالأرض اتصال قرار وثبات . فهل إذا باع أحد الشركاء نصيبه في معدن أو محجر، يجوز لشريكه الآخر أخذ نصيبه بالشفعة؟

الجواب على هذا السؤال، يقوم على جواب سؤال آخر، وهو هل المعادن والمحاجر تجري عليها الملكية الفردية، كما تجري على سائر الأموال الأخرى التي يجوز امتلاكها؟ أم أنها تعتبر من المشتركات العامة التي لا يجوز للأفراد امتلاكها؟

ليبان هذه المسألة تفرق بين قسمين من المعادن، المعادن الباطنة، والمعادن الظاهرة<sup>(2)</sup> . فنعرف كل قسم أولا، ثم نبين حكم امتلاكها ثانيا، ثم نبين هل في المعادن والمحاجر شفعة أم لا ثالثا، ثم نبين رأي القانون أخيرا .

### أولا : تعريف المعادن الظاهرة والباطنة .

أ - تعريف المعادن الظاهرة: " وهي ما كان جوهرها المستودع فيها بارزا"<sup>(4)</sup> . أي أنها لا تحتاج إلى مزيد عمل وجهد لكي يتجلى جوهرها المعدني، كالمح والفقار والنفط . فلا تحتاج إلى جهد لتحويله إلى نطق أو ملح أو قار أو كحل، بل توجد في الطبيعة كما هي . وإن كنا نحتاج إلى جهود كبيرة في الوصول إلى عيون القار والكحل واستخراجها، وآبار النفط واكتشافه وتصفيته بعد ذلك .

<sup>(1)</sup> المعادن: جمع واحد معدن، وهي مشتقة من عدن فلان بالمكان يعدن ويعدن عدنا وعدونا أقام . وعدنت البلد توطنته ومنه جنات عدن أي دار إقامة لمكان الخلد . ومنه معدن الذهب والفضة، سمي معدنا لإنبات الله فيه جوهرهما وإثباته إياه في الأرض حتى عدن أي ثبت فيها . ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج9، ص89، مادة عدن . قال الشيخ يوسف القرضاوي في كتابه فقه الزكاة: " أصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه، ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى يوم خلق الأرض، حتى صار الانتقال من اللفظ إليه ابتداء بلا قرينة " . فقه الزكاة، ج1، ص451، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1405هـ، 1985م .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج2، ص617 .

<sup>(3)</sup> وقد اعتمدت في هذا التقسيم على ما قاله الشافعية والحنابلة، فهم الذين قسموا المعادن إلى ظاهرة وباطنة .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الأحكام السلطانية، ص335، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى: 1410هـ، 1990م .

فالمعدن الظاهر في العرف الفقهي: هو ما تكون طبيعته المعدنية بارزة، سواء احتاج الإنسان إلى جهود كبيرة للوصول إلى آباره وعيونه في أعماق الطبيعة، أو وجده يسر وسهولة على سطح الأرض<sup>(1)</sup>.

ب - تعريف المعادن الباطنة: وهي ما كان جوهرها مسكنا فيها لا يوصل إليه إلا بالعمل<sup>(2)</sup>. أي أنها المعادن التي نحتاج في إبراز خصائصها المعدنية إلى عمل وتطوير كالحديد والذهب. فمناجم الحديد والذهب لا تحتوي على حديد أو ذهب خالص، وإنما تضم تلك المناجم مواد أخرى وأتربة، بحيث نحتاج إلى إنفاق كثير من الجهد والعمل لكي نستخلص الحديد والذهب ونصل إليه خالصا نقيا<sup>(3)</sup>.

فظهر المعدن وبطونه في المصطلح الفقهي إذن، يرتبط بطبيعة المادة ودرجة إنجاز الطبيعة لها، لا بمكانها ووجودها قريبا من سطح الأرض، أو في أعماقها وأغوارها.

## ثانيا : حكم امتلاك هذه المعادن .

أ - حكم امتلاك المعادن الظاهرة : الرأي الفقهي السائد أن المعادن الظاهرة هي من المشتركات العامة بين الناس . فلا يقر الإسلام لأحد بالاختصاص بها وتملكها ملكية خاصة، لأنها مندرجة ضمن نطاق الملكية العامة وخاضعة لهذا المبدأ .

وقد نص على هذا الحكم كثير من الفقهاء . قال الماوردي: " فإن أقطعت هذه المعادن الظاهرة لم يكن لإقطاعها حكم، وكان المقطع وغيره فيها سواء . وجميع من ورد إليها أسوة مشتركون فيها فإن منعهم المقطع منها كان بالمنع متعديا، وكان لما أخذه مالكا، لأنه متعد بالمنع لا بالأخذ<sup>(4)</sup> .

وقال الشافعي: " وأصل المعادن صنفان، ما كان ظاهرا، كالملاح الذي يكون في الجبال يتنابه الناس . فهذا لا يصلح لأحد أن يقطعه بحال والناس فيه شرع . وهكذا النهر والماء الظاهر، فالمسلمون في هذا كله شركاء، وهذا كالنبات فيما لا يملكه أحد وكالماء فيما لا يملكه أحد . فإن قال قائل ما الدليل على ما وصفت ؟ قيل: أخبرنا ابن عيينة عن معمر عن رجل من أهل مأرب عن أبيه أن الأبيض بن حمال سأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يقطعه ملح مأرب فأراد أن يقطعه، أو قال أقطعه إياه، فقيل له إنه كالماء العد، قال فلا إذن<sup>(5)</sup> ... ثم قال الشافعي بعد أن ساق الحديث، ومثل هذا كل عين ظاهرة . ككفط، أو قار، أو كبريت، أو مومياء، أو حجارة ظاهرة<sup>(6)</sup> .

<sup>(1)</sup> محمد باقر الصدر، إقتصادنا، ص443، دار الكتاب اللبناني، بيروت، طبعة 1403هـ، 1983م .

<sup>(2)</sup> الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص335 .

<sup>(3)</sup> محمد باقر الصدر، إقتصادنا، المرجع السابق، ص444 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص335 . - وانظر نفس المعنى أيضا وقد أوردته الرملة في نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص346 .

<sup>(5)</sup> وقد روى الحديث الترمذي وأبو داوود. انظر الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص54 .

<sup>(6)</sup> الشافعي، الأم، ج4، ص42، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

وقال ابن قدامة: "المعادن الظاهرة وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة، ينابها الناس وينتفعون بها . كالمالح والماء والكبريت والقيير والمومياء والنفط والكحل والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك . لا تملك بالإحياء . ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين . لأن فيه ضررا بالمسلمين وتضييقا عليهم . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقطع أبيض بن حمال معدن الملح، فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العد رده . كذا قال أحمد ."<sup>(1)</sup>

فالمعادن الظاهرة في ضوء ما قدمناه من النصوص الفقهية خاضعة لمبدأ الملكية العامة، فالتناس جميعا فيها سواء بدليل النصوص التي جاء التعبير فيها بكلمة الناس بدلا عن كلمة المسلمين . فالمعادن إذن ملك عام للمسلمين ولكل من يعيش في كنفهم وفي ظل دولتهم من غير المسلمين<sup>(2)</sup> .

#### ب - حكم امتلاك المعادن الباطنة .

والمعادن الباطنة نوعان : نوع قريب من سطح الأرض توصل إليه بدون جهد أو حفر كبير . ونوع لا يوجد إلا في أعماق الأرض وباطنها، ولا يمكن الوصول إليه إلا بعد حفر وجهد كبير .

1 - المعادن الباطنة القريبة من سطح الأرض: وحكم امتلاك هذا النوع من المعادن، هو حكم امتلاك المعادن الظاهرة التي سبق بيان حكمها . جاء في المغني: " فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يتوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة، كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج، فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضا بالإحياء ."<sup>(3)</sup>

وقال باقر الصدر: " لا يوجد نص صحيح من الشريعة يدل على أن الحيازة دائما وفي جميع الأحوال، تكون سببا للملكية الثروة المعدنية المحازرة، مهما كان قدر تلك الثروة، ومدى أثر حيازتها على الآخرين . وإنما الشيء الوحيد الذي نعلمه، هو أن الناس كانوا قد اعتادوا في عصر التشريع، على إشباع حاجاتهم من المواد المعدنية، التي توجد على سطح الأرض أو قريبا منه، بحيازة كميات من تلك المواد لسد حاجتهم . وكانت الكميات ضئيلة بطبيعة الحال، تبعا لانخفاض إمكاناتهم الاستخراجية والانتاجية . وهذه العادة التي سمحت بها الشريعة وقتئذ، لا يمكن أن تصبح دليلا على سماح الشريعة بتملك الفرد لما يحوزه من الكميات . وإن اختلفت في الكم، أي في قدر المادة المحازرة . وفي الكيف، أي أثر الحيازة على الآخرين . عن الحيازة التي جرت عليها عادة الناس في عهد التشريع ."<sup>(4)</sup>

فأقصى ما يسمح به الإسلام للأفراد كي يملكوها ملكية خاصة، المعادن الظاهرة والمعادن الباطنة القريبة من سطح الأرض، هو أن يأخذ الفرد القدر المعقول من حاجته، ولم يسمح أبدا بالملكية الخاصة لرغبة المعدن .

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 6، ص 156 .

<sup>(2)</sup> محمد باقر الصدر، إقتصادنا، المرجع السابق، ص 447 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 6، ص 157 .

<sup>(4)</sup> محمد باقر الصدر، إقتصادنا، المرجع السابق، ص 448، 449 .

2 - المعادن الباطنة المستترة : والمعادن الباطنة المستترة تتطلب نوعين من الجهود، أحدهما جهد التقيّش والحفر للوصول إلى طبقاتها في أغوار الأرض. والآخر الجهد الذي يبذل على نفس المادة لتطويرها. وإبراز خصائصها المعدنية، وذلك كعادن الذهب والحديد .

هذا النوع من المعادن اختلفت فيه آراء الفقهاء: فمنهم من يرى أنها ملك للدولة. ومنهم من يرى أنها من المشتركات العامة التي يملكها الناس جميعا ملكية عامة كما نقل ذلك عن الشافعي وكثير من فقهاء الحنابلة. قال ابن قدامة: " وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان وأظهرها لم تملك بذلك في ظاهر المذهب وظاهر مذهب الشافعي".<sup>(1)</sup> وجاء في نهاية المحتاج " والمعدين الباطن هو ما لا يخرج إلا بعلاج كذهب وفضة وحديد ونحاس، لا يملك بالحفر والعمل في الأظهر".<sup>(2)</sup>

فالمكتشف للمعدن لا يملكه على أساس إحيائه للمعدن، أو على أساس حيازته له وسيطرته عليه. لأن الإحياء لم يثبت في الشريعة حق خاص على أساسه إلا في الأرض، لقوله - صلى الله عليه وسلم - " من أحيا أرضا ميتة فهي له".<sup>(3)</sup> والمعدن ليس أرضا حتى يشمل النص. كما أن الحيازة لا يوجد دليل في الشريعة على أنها سبب تملك المصادر الطبيعية .

وخلاصة القول فإن المعادن هي من المشتركات العامة التي لا يجوز للأفراد تملك عروقها وينابيعها المتوغلة في الأرض. ولا يهم الأرض التي وجد فيها المعدن، سواء كانت أرض حرة، أو ملكا للأفراد. لأن الفرد لا يختص بالأرض إلا بأحد سببين وهما الإحياء، ودخول الأرض في الإسلام، بإسلام أهلها عليها طوعا .

فالإحياء ينتج حقا للمحي في الأرض التي أحياها . وإسلام الشخص على أرضه طوعا، يجعل الأرض ملكا له. وكل من هذين السببين لا يمتد أثرهما إلى المناجم الموجودة في أعماق الأرض، وإنما يقتصر أثره على الأرض نفسها، وفقا للدليل الشرعي الوارد بشأن كل منهما<sup>(4)</sup>.

وهذا ما ذهب إليه المالكية في أرجح أقوالهم فهم يرون أن المعادن سواء كانت جامدة أو سائلة، ظاهرة أو باطنة هي ملك عام للدولة. لأن المعادن قد يجدها شرار الناس، فإن لم يكن حكمها للإمام لأدى الأمر إلى الفتن والهرج<sup>(5)</sup>. ورحم الله مالكا والمالكية، وقد لاحظوا الفتن والهرج التي تقع بسبب المعادن في عصرهم، فماذا عساهم أن يقولوا لو أنهم عاشوا عصرنا، ورأوا أثر قطاع المناجم والمحروقات، وخاصة النفط الذي يسمى بالذهب الأسود، في الصراعات الإقليمية والدولية، ودوره في إشعال الحروب المختلفة، وهرجهم وقتنهم بالنسبة

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص157 .

<sup>(2)</sup> الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص348 .

<sup>(3)</sup> رواه أحمد والترمذي وصححه. انظر الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص44 .

<sup>(4)</sup> محمد باقر الصدر، إقتصادنا، المرجع السابق، ص455 .

<sup>(5)</sup> الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج2، ص334، 335 . - اخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج2، ص208. - ابن حزمي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص70. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الأول، ص288، 290. - الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج1، ص214، دار الفكر بيروت، لبنان .

لحجم هرج وفتن اليوم، والآثار المترتبة عليها إنما هو لعب أطفال. وهذا لاشك مما يؤكد دقة ملحظهم وسداد رأيهم .

### ثالثا : هل في المعادن والمحاجر شفعة ؟

تبين لنا من خلال ما سبق أن المعادن والمحاجر من المشتريات العامة، التي لا يجوز للأفراد امتلاكها، بأي حال من الأحوال ولو اكتشفت في أراضيهم. لأنها خاضعة لمبدأ الملكية العامة، وليست خاضعة لمبدأ الملكية الخاصة. وبناء على هذا فلا شفعة حينئذ فيها، ولا بها. وما ورد في بعض المصادر الفقهية من أنه " إذا وقع بيع على عين قير أو نقت أو موضع ملح أخذ جميع ذلك بالشفعة. لوجود الاتصال معنى، فإنه يبيع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه"<sup>(1)</sup>. فهو مبني على رأي الحنفية الذين يرون أن المعادن لمن وجدها. وهو رأي مرجوح .

### رابعا : رأي القانون الجزائري .

يتفق القانون الجزائري مع ما سبق بيانه في الفقه الإسلامي. حيث اعتبر المشرع الجزائري في المادة 17 من دستور 1996م الثروات المعدنية والمنتجات المستخرجة من المناجم والمحاجر من الأملاك العمومية. وهذا ما ورد أيضا في المادة 7/15<sup>(2)</sup> من القانون 90 - 30 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

كما لا يملك ملكية الأرض التي تم اكتشاف المنجم أو الحجر فيها. فسواء كانت تابعة للدولة، أم للأفراد، ففي جميع الحالات فإن ما يستخرج من المنجم أو الحجر ملك عام غير قابل للتصرف أو الحجز أو اكتسابه بالتقادم، ولا يتبع ملكية الأرض. وهذا ما أشارت إليه المادة 3/675 من القانون المدني الجزائري. حيث أجازت بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها .

ولما كانت النصوص واضحة في اعتبار المعادن والمحاجر ملكا عموميا، فلا شفعة حينئذ فيها ولا بها. في الفقه الإسلامي، كما في القانون الجزائري .

<sup>(1)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص135 .

<sup>(2)</sup> ونصها " تشمل الأملاك الوطنية العمومية خصوصا على ما يأتي: ... الثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية المتمثلة في الموارد المائية بمختلف أنواعها، والمخروقات السائلة منها والغازية، والثروات المعدنية الطاقوية، والحديدية والمعادن الأخرى. أو المنتجات المستخرجة من المناجم والمحاجر، والثروات البحرية وكذلك الثروات الغابية الواقعة في كامل المجالات البرية والبحرية من التراب الوطني في سطحه أو في جوفه أو الجرف القاري، والمناطق البحرية الخاضعة للسيادة الجزائرية أو لسلطتها القضائية " .

# المبحث الثاني

## محل الشفعة في القانون

محل الشفعة في القانون المدني الجزائري وكذا في القانون المدني المصري،<sup>(1)</sup> هو العقار . فلا شفعة في المنقول وهذا صريح المادة 794 مدني جزائري . حيث جاء فيها " الشفعة رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار... "

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ما هو تعريف العقار الذي ثبت فيه الشفعة، ويحل الشفعين محل المشتري في شرائه ؟

بالرجوع إلى المادة 683 من القانون المدني الجزائري نجد أنها تعرف العقار : " بأنه كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف " .

تفيد هذه المادة أن العقار هو الشيء الثابت المستقر، الذي يؤدي نقله وتحويله، من مكان لآخر إلى تغيير حاله وتلفه وفساده . غير أن استقرار الأشياء وثباتها، قد يكون بأصل الخلق والوجود، وهذه هي العقارات بطبيعتها . وقد يكون استقرارها وثباتها، بفعل الإنسان وإرادته، وذلك كما لو رصد إنسان منقولا على خدمة عقار فإن هذا المنقول يسمى عقارا بالتخصيص . كما أن المادة 684 الفقرة الأولى تفيد أن الحقوق العينية،<sup>(2)</sup> سواء كانت أصلية كحق الملكية وحق الانتفاع، أو تبعية كحق الرهن وحق التخصيص، وكذا الدعاوى المتعلقة بهذه الحقوق تعتبر عقارات بحسب موضوعها . فيبين لنا من خلال هذين المادتين أن العقارات حسب الاصطلاح القانوني، ثلاثة أنواع: عقارات بطبيعتها، وعقارات بالتخصيص، وعقارات بحسب موضوعها، فهل ترد الشفعة على هذه الأنواع الثلاثة ؟ .

وقبل الجواب على هذا السؤال نين أولا نوع كل عقار . لأنه لا يمكن الحكم على شيء قبل معرفته، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

<sup>(1)</sup> انظر المادة 935 من القانون المدني المصري .

<sup>(2)</sup> الحقوق العينية هي سلطة مباشرة يقرها القانون لصاحب الحق على شيء معين . سواء كان منقولا أو عقارا، كحق الملكية . وعناصر الحق العيني ثلاثة: وهي الشخص صاحب الحق، والشيء موضوع الحق، ويجب أن يكون شيئا ماديا معينا بذاته، والسلطة مضمون الحق . وتختلف هذه السلطة باختلاف أنواع الحقوق العينية، ففي حق الملكية هي سلطة تامة للمالك بموجبها أن يستعمل الشيء موضوع الحق، وأن يستغله، وأن يتصرف فيه في حدود القانون . ويمتاز الحق العيني بأنه حق مطلق ودائم، ولصاحبه أن يتزل عنه بإرادته وحده، وله حق التبع والأولوية .

والحقوق العينية على نوعين: أصلية وهي التي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى . وتبعية وهي التي تستند في وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به .

والحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الجزائري هي: حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكن، المنفردان عن حق الانتفاع، وحق الارتفاق . والحقوق التبعية هي: الرهن الرسمي في العقار، والرهن الخياري في العقار والمنقول، وحق التخصيص، وحق الامتياز . د، محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المرجع السابق، ص 21، 22، 23 .

## النوع الأول : العقارات بطبيعتها

نعرفها أولا ثم نبين هل تثبت فيها الشفعة أم لا ؟

**أولا : تعريفها :** وهي الأشياء التي لها موقع مستقر ثابتة فيه، لا يمكن أن تنتقل منه دون تلف أو فساد. فتشمل بذلك الأرض، وكل ما يتصل بها على وجه الاستقرار والثبات، من المباني والأشجار .

1 - الأرض : وهي أصل كل عقار بالطبيعة . سواء كانت أرض فلاحية أو رعية أو غابية أو صحراوية في الريف أو في المدينة . كما تشمل الأرض سطحها، دون ما يقام عليها من مباني أو يزرع فيها من زرع أو يغرس فيها من شجر . كما تشمل أيضا باطنها بعناصره المختلفة من معادن وصخور وأحجار . أما إذا اقتطعت المعادن من مناجمها، واقتلعت الأحجار من محاجرها، فقد أصبحت منقولات وفقدت صفة العقار<sup>(1)</sup> .

2 - المباني : وهي عقارات بطبيعتها لاندماجها في الأرض واستقرارها عليها . إذ المباني قبل تشييدها منقولات، لأنها عبارة عن جملة من مواد البناء وأدواته، فهي رمل، وإسمنت، وخشب، وحديد . . . ولا تصبح عقارا إلا إذا بنيت فاندجحت في الأرض بصورة ثابتة ومستقرة، بحيث لا يمكن نقلها وتحويلها إلا إذا هدمت . فتشمل بذلك المساكن والمصانع والمخازن والقناطر والسدود . . . فشرط إضفاء صفة العقار على البناء . هو اندماجه في الأرض . ولا يشترط إقامته على سبيل الدوام، بل يكفي أن يندمج في الأرض على سبيل الاستقرار، ولو كان مؤقتا . كالمباني التي تقام في المعارض لمدة معينة ثم تهدم، فتتحول إلى أنقاض، فتصبح منقولا . أما الأكشاك والخيام مما يقام على الأرض وليست لها أساس ثابت، بحيث يمكن نقلها وتحويلها من مكان لآخر، دون تلف فهي منقول وليست عقارا<sup>(2)</sup> .

3 - النبات : وهو كل ما تنبته الأرض من ثمار أو ما يزرع فيها من زرع، أو يغرس فيها من شجر . مادامت جذوره ممتدة في باطن الأرض . فالنبات والأشجار والثمار عقارات بفضل اندماجها في الأرض، إذ الأرض هي التي تغذيها وتضفي عليها صفة العقار . فإذا زال اندماجها عن الأرض، زالت عنها صفة العقار . ويستوي أن يكون قطع الأشجار وقطف الثمار، بفعل الإنسان، أو بفعل غيره . كما لا عبرة بحجم النبات سواء كان كبيرا أو صغيرا، وكذا المحصول ذا قيمة أو ليس له قيمة<sup>(3)</sup> .

4 - المنقول بحسب المآل : ويتعلق بالعقار بالطبيعة المنقول بحسب المآل . وهو عقار بطبيعته اعتبره القانون منقولا بحسب مآله، إذ هو موشك أن يصبح منقولا، لأن مآله الحتمي الانفصال عن الأرض . ويستخلص هذا الانفصال الحتموم إما من طبيعة الأشياء، كما في المحصولات الزراعية عند نضجها . أو من الاتفاق كما إذا بيع البناء لهدمه وأخذ أنقاضه .

وحتى يكون العقار بالطبيعة منقولا بحسب المآل لابد أن تتوفر شرطان .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص20. - عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، ص284، دار النهضة العربية، ضعة 1982 .  
<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص24. - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المرجع السابق، ص207 .  
<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، ص22. - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المرجع السابق، ص208 .



الشرط الأول : أن يكون قصد المتعاملين قد جرى على أساس ما يصير إليه العقار في المآل، لا على أساس حقيقته في الحال. فبائع الأشجار على أنها أخشاب، والبناء على أنه أنقاض، والمناجم على أنها معادن والمهاجر على أنها أحجار، كل منهم قد نظر إلى المحصول، لا على أنه قائم على الشجر، أو متصل بالأرض، بل على أنه قد تم قطعه وهدمه واقتطاعه .

الشرط الثاني : أن يصبح العقار في القريب العاجل منقولاً. فلا تكفي إرادة المتعاملين وحدها لإضفاء صفة المنقول على العقار، بل لابد أن يكون إلى جوار ذلك الواقع الذي يؤكد صدق هذه الإرادة وصحتها . فإذا ما وقع الاتفاق في بيع بناء على أن للمشتري أن يهدم البناء إذا رغب في ذلك، فلا يعد البيع منقولاً، بل هو بيع عقار . إذ يستطيع المشتري في هذه الحال، أن يبقي البناء على حاله فيفضل عقاراً .

أما تهديمه للبناء بعد ذلك وحصوله على الأنقاض فلا يعد غرضاً أساسياً في عقد البيع، بل هو من باب تصرف المالك في ملكه . ويتضح هذا الشرط جيداً فيما ورد في المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، حيث أجاز الحجز على الثمار والمحصولات الزراعية، إذا كانت وشيكة النضوج قبل حصدها أو جنيها . وحددها القانون المصري،<sup>(1)</sup> الخمسة وخمسين (55) يوماً قبل النضج . وحددها القانون اللبناني<sup>(2)</sup> والفرنسي<sup>(3)</sup> بستة أسابيع قبل نضجها والحجز هنا حجز منقول، بالرغم من أنه حجز ثمار متصلة بالأرض ومزروعات لا تزال قائمة، فهي عقارات بطبيعتها، ولكن نظر إليها على أنها منقول في القريب العاجل، فهي منقول مآلاً .

## ثانياً : الشفعة في العقار بالطبيعة .

العقار بالطبيعة سواء كان أرضاً أو بناءً أو نباتاً، ثبت فيه الشفعة . وهذا هو منطوق المادة 794 من القانون المدني الجزائري . فإذا ما باع شخص أرضاً أو بناءً أو شجراً، وكان له شريك في الشئ أو صاحب حق انتفاع، فإن لهذا الشريك أو صاحب حق الانتفاع، أن يحل كل واحد منهما محل المشتري، في أخذ العقار المبيع بالشفعة .

أما المنقول بحسب المآل فهو عقار في أصل طبيعته، فكان من المفروض أن تثبت فيه الشفعة . ولكن لما كان مصيره الحتمي الانفصال عن الأرض، وإرادة المتعاملين توجهت للتعامل فيه على هذا الأساس، فلا تثبت فيه الشفعة حينئذ، لتحواله من العقار إلى المنقول .

غير أنه في هذا المقام يرد سؤالاً، وهو هل تثبت الشفعة في المنقول بحسب المآل، إن حافظ على طبيعته؟ كما لو وقع البيع على بناء لهدمه وأخذ أنقاضه، أو شجر لقطعه وأخذ أخشابه، ثم اشترى المشتري بعد ذلك الأرض وأبقى الأمر على حاله، فلم يهدم البناء ولم يقطع الشجر .

<sup>(1)</sup> في المادة 354 من قانون المرافعات المصري .

<sup>(2)</sup> المادة 716 من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية .

<sup>(3)</sup> المادة 626 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

على مقتضى القواعد العامة ليس للشفيع شفعة. ولا يستطيع أن يطعن في البيع بأي صورة من صور الغش و الاحتيال، لأن موضوع البيع ومحلّه منقول، ولا شفعة في منقول، كما هو واضح من مفهوم المخالفة للمادة 794 مدني جزائري<sup>(1)</sup>. كما أن البائع والمشتري قد لا يكون قصدهما تقويت الفرصة على الشفيع، وإنما تبيين للمشتري بعد أن تم البيع، أن استغلال البناء أو الشجر أفضل من الهدم أو القطع. غير أن للشفيع الشفعة في الأرض لأنها عقار أصلا .

أما إذا أخذنا بمبدأ سد الذرائع فنقول: للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة، كما له أن يطعن في البيع بالدعوى الصورية<sup>(2)</sup>. لأن العقد أبرم على عقار غير، أنه أخفي في صورة عقد على منقول بحسب المال. وهذا غش وهروب من حكم القانون، الذي يعطي للشفيع حق أخذ العقار المبيع بالشفعة .

## النوع الثاني : العقارات بالتخصيص .

نعرفها أولا ثم نين هل تثبت فيها الشفعة أم لا ؟

**أولا : تعريفها:** العقار بالتخصيص منقول بطبيعته، رصده صاحبه في عقار يملكه لخدمة هذا العقار أو استغلاله. سواء كان الاستغلال زراعيا، كالمواشي والآلات التي تستعمل في زراعة الأرض وريها. أو كان الاستغلال صناعيا، كالآجهزة والآلات التي توضع في المصنع لتشغيله. أو كان الاستغلال تجاريا، كالكراسي والمقاعد والآلات اللازمة التي توضع في المسارح والمقاهي والمطاعم ودورالسنما. أو غير ذلك من صور الاستغلال .

إن كل هذه المنقولات تعتبر في نظر القانون عقارا يضمن عليها أحكامه. ولكن وحتى تلبس هذه المنقولات بأحكام العقار، لا بد أن تتوفر شروط معينة. ويتبين من خلال المادة 2/683 من القانون المدني الجزائري<sup>(3)</sup> أن هناك شرطان يجب توفرهما، حتى يعطى المنقول حكم العقار وهما : اتحاد المالك، والتخصيص .

**الشرط الأول :** اتحاد المالك : أي أنه يجب أن يكون مالك العقار بالتخصيص، هو نفسه مالك العقار الأصلي. ومعنى ذلك أنه لا يكون عقارا بالتخصيص، المنقول الذي يضعه المستأجر في العين المؤجرة. والمنقول الذي يضعه الدائن المرتهن في العين المرهونة. والمنقول الذي يضعه صاحب حق الانتفاع في العين المنقوع بها .

**الشرط الثاني :** التخصيص : أي أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار واستغلاله. ونفهم من هذا الشرط أمورا ثلاثة :

<sup>(1)</sup> ونصها " الشفعة رخصة تميز الحلول محل المشتري في بيع العقار..."

<sup>(2)</sup> الصورية: وهي أن يلجأ المتعاقدان لإخفاء حقيقة ما تعاقد عليه لسبب معين. وذلك بإيجاد تصرفان متعاضدان ومختلفان، أحدهما ظاهر وهو الصوري، والآخر مستتر وهو الحقيقي. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 287، 288 .

<sup>(3)</sup> ونصها " المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص "

الأول: لا يشترط أن يكون التخصيص ضرورياً، بل يكفي أن يكون التخصيص لخدمة العقار، ولو لم تكن هناك ضرورة تدعو لذلك. الأمر الثاني: لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة، ولا مؤقتة عارضة، بل يجب أن يكون على سبيل الثبات والاستقرار. الأمر الثالث: ألا يكون المنقول مخصصاً للاستعمال الشخصي لمالك العقار. فلو أن صاحب المصنع أو المزرعة أعد سيارته لاستعماله الخاص، فإن هذه السيارة تبقى منقولة لأنها لم تخصص لاستغلال العقار. أما لو خصصت السيارة لنقل منتوجات المزرعة، أو المصنع فهي عقار بالتخصيص<sup>(1)</sup>.

## ثانياً: الشفعة في العقار بالتخصيص.

لقد أراد المشرع من وراء إضفاء صفة العقار على هذه المنقولات، أن يجعل العقار وما خصص له يكون مجموعاً اقتصادياً واحداً، ويخضع لنظام قانوني واحد<sup>(2)</sup>. وعلى هذا إذا وقع البيع على العقار، فإن البيع يمتد إلى المنقولات المخصصة لهذا العقار، بوصفها عقاراً بالتخصيص. وبناءً على ذلك فكما ثبتت الشفعة في العقار الأصلي، ثبت كذلك في العقار بالتخصيص.

أما إذا فصل صاحب الملك المنقول عن العقار، فقد فقد هذا المنقول صفة العقار بالتخصيص، وأصبح منقولا كسائر المنقولات الأخرى. فإذا وقع عليه البيع، فهو بيع منقول، لا شفعة فيه.

## النوع الثالث: العقارات بحسب موضوعها.

لقد قسم القانون الأشياء المادية إلى عقار ومنقول. وفعل الأمر نفسه في الحقوق والدعاوى، فاعتبر كل حق عيني يرد على عقار عقاراً، وكل دعوى بحقوق عقارية تكون عقاراً. وعلى هذا يكون حق الملكية باعتبارها أصل الحقوق العينية الأصلية عقاراً، إذا ورد على عقار. ومنقولا، إذا ورد على منقول. وكذا باقي الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية. كحق الاستعمال، والاتقاع، وحق الرهن، والتخصيص. والقاعدة نفسها في الدعاوى، فتعتبر دعوى عقارية إذا كانت متعلقة بحق عيني على عقار. وعلى هذا تكون دعوى عقارية، دعوى استحقاق العقار، ودعوى تقدير حق الاتقاع، أو حق الارتفاق<sup>(3)</sup>.

إن هذا النوع من العقار خارج عن نطاق بحثنا، لأن الحقوق أشياء معنوية، لا مادية. والدعوى وسيلة حماية الحق عن طريق القضاء<sup>(4)</sup>. وهذا الوصف لا يقبل أن يكون عقاراً أو منقولا. إذ العقار هو الشيء المادي المستقر بجيزه والثابت بطبيعته، وهذا الوصف لا ينطبق على الحق، ولا ينطبق على الدعوى. بل هو كما قال الدكتور وهبة الزحيلي<sup>(5)</sup>: "إغراق في تصور معنى العقار" وتوسيع له عن نطاق حدوده الفقهية، وخروج

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 8، ص 32، 40. - عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، المرجع السابق، ص 284، 288.

<sup>(2)</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 210.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 8، ص 193.

<sup>(4)</sup> محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المرجع السابق، ص 209.

<sup>(5)</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، المرجع السابق، ج 4، ص 47.

عن طبيعة الأشياء . ولا شك أن المشرع حين قسم الحقوق والدعاوى، إلى عقار ومنقول ليس تبعاً لطبيعتها، بل تبعاً لطبيعة المحل اللذان يقعان عليه، وتسهيلاً لإجراءات التقاضي وحل المنازعات .

### ملحوظة :

وأود أن أسجل في نهاية هذا البحث ملحوظة، تتعلق بالاشتراك في المنقول . فقد سبق أن رأينا أن الشفعة تثبت في العقار . فإذا كان هناك شركاء في منقول، ورجب أحدهم في بيع نصيبه الشائع في هذا المنقول، فهل يثبت لباقي شركائه، حق أولوية شراء نصيبه، كما هو الحال في العقار أم لا ؟ .

يثبت لهؤلاء الشركاء حق أولوية أخذ نصيب شريكهم، عن طريق ما يسمى بحق الاسترداد . وليس عن طريق حق الشفعة، لأن المبيع منقول .

لقد فرق القانون في ثبوت أولوية أخذ نصيب الشريك، بين العقار والمنقول . فأورد على العقار حق الشفعة، وأورد على المنقول حق الاسترداد . وهو حق يختلف عن الشفعة، في المحل، والأسباب، والمواعيد . وقد ذكر القانون المدني الجزائري أحكامه في المادة 721 .

## المبحث الثالث تجزئة الشفعة

**تمهيد :** تبين لنا مما سبق أن الشفعة لا تكون إلا في عقار . والعقار إذا بيع وطلب الشفيع امتلاكه بالشفعة لا بد أن يطالب بكل العقار المبيع، سواء أكان الشفيع واحداً أو متعدداً، وسواء أكانوا في مرتبة واحدة، أو من مراتب مختلفة . وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد، أو من أكثر من شفيع . وذلك لكي لا تجزأ الصفقة .

ومعنى أن الشفعة لا تقبل التجزئة : أن الشفيع إذا كان واحداً فلا يجوز له أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون بعض، أو كان الشفيع متعدداً فأسقط أحدهم حقه في أخذ الشفعة أو تنازل عنه، فلا يجوز للباقيين إلا أخذ المبيع كله أو تركه كله، وليس لهم أخذ البعض فقط . لأن المتنازل لم يملك بعد شيئاً يتنازل عنه، وإنما كان يملك حق الأخذ وقد أسقطه . وكذا لو كان بعض الشفعاء غائباً، فأراد الحاضر أن يقتصر على أخذ حصته فقط، ويترك حصص الغائبين، فليس له ذلك، وإنما عليه أن يأخذ الحصص كلها أو يتركها . فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته<sup>(1)</sup> .

وسبب طلب الشفيع كل العقار لا بعضه، أن في طلب البعض، رضاء بالمشتري شريكاً، فيكون بذلك الشفيع متناقضاً مع طلبه . لأن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر الدخيل الجديد، فإن رضيه شريكاً، فقد أقر بأنه لا ضرر من شركه، وبالأولى فلا ضرر من جواره . ثم إن أخذ بعض العقار المشفوع فيه، تفريقاً للصفقة على المشتري، لأنه ما اشترى الجزء بل اشترى العقار كله، وفي هذا ضرر عليه . وأصل ثبوت الشفعة لدفع الضرر، فلا يزال الضرر بمثله<sup>(2)</sup> .

والقول بمنع تجزئة الشفعة هو قول : مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأغلب الفقهاء، لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة، فإذا أخذ بعض الشفيع لم يندفع عنه الضرر، فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت<sup>(3)</sup> .

<sup>(1)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص229 . - الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص328 . - الشيرازي، المنهدب، المرجع السابق، ج1، ص381 .

<sup>(2)</sup> محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص165 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص527 .

وتبعض الشفعة متوقف على قول الشفيع والمشتري معا،<sup>(1)</sup> فإذا أرادا التبعض عمل به، وإلا فالقول قول من دعا إلى عدمه. فلو قال المشتري للشفيع خذ بالشفعة بعض الحصاص، واترك بعضها، وأراد التبعض وحده، فإنه لا يجاب لذلك، والقول للشفيع في أخذ الكل. كما إذا أراد الشفيع التبعض وأبى المشتري فالقول قوله<sup>(2)</sup>.

ومدار تجزئة الشفعة على وحدة الصفقة<sup>(3)</sup> فحيثما كانت الصفقة موحدة لا يجوز للشفيع أن يفرقها، وأما إذا كانت الصفقة مفرقة، فإنه يجوز له أن يأخذ أي صفقة شاء. وقد اختلف الفقهاء في الشيء الذي يفرق الصفقة ويوحدها، فهل هو البائع، أو المشتري، أو العقد، أو الثمن، على ثلاثة مذاهب:

أولا: مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن العبرة في تعدد الصفقة ووحدتها بمن باشر العقد. فإن كان الذي باشر العقد واحد فالصفقة موحدة، وإن كان الذي باشره متعدد فالصفقة مفرقة. وبعبارة أخرى فإن العبرة بتعدد المشتري. جاء في البدائع: "لو وكل رجلان رجلا واحدا بالشراء، فاشترى الوكيل من رجلين. فجاء الشفيع، ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة. ولو وكل رجل واحد رجلين، فاشترى من واحد، فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين. وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشترى لرجل واحد، فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة. قال محمد رحمه الله تعالى: وإنما أنظر في هذا إلى المشتري، ولا أنظر إلى المشتري له. قال الكاساني: وهو نظر صحيح، لأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأنها راجعة إلى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدد، دون الموكل<sup>(4)</sup>. وقد كانت العبرة باتحاد الوكيل دون الموكل، لأن الوكيل عند الحنفية يشتري لنفسه أولا، وإن كان الملك يثبت لموكله ابتداء، أو في ثاني الحال. على الخلاف في ذلك.

ثانيا: مذهب الشافعية والحنابلة: وذهب الشافعية<sup>(5)</sup> إلى أن العبرة في تعدد الصفقة ووحدتها، بتعدد البائع أو المشتري. أما المشتري فتعدد الصفقة بتعدد قطعها. أما البائع ففيه خلاف، فقيل بتعدد، وقيل لا، وإن كان المذهب الصحيح، أنها تعدد.

وقد عكس الشافعية الأمر بين البيع والشفعة. فقالوا في البيع، تعدد الصفقة بتعدد البائع قطعاً، وتعدد المشتري على الأصح. وقالوا في الشفعة: تعدد الصفقة بتعدد المشتري قطعاً، وتعدد البائع على الأصح.

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص212.

<sup>(2)</sup> الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص176.

<sup>(3)</sup> الصفقة: ضرب اليد على اليد والبيعة للإمام. ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه. قال النووي: الصفقة هي عقد البيع لأنه كان من عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد. والعقد في تكوينه يحتاج إلى مبيع وكمن وبائع ومشتري، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها. وقد اتفق العلماء على ضرورة اتحاد الصفقة من حيث المبدأ، لأن من شرائط انعقاد البيع هو أن يكون القول موافقاً للإيجاب. إلا أن هناك اختلافات جزئية في تحقيق هذا المبدأ وعدم تحقيقه. وهه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص366. - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج7، ص365، مادة صفق.

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص26. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص175.

<sup>(5)</sup> الخطيب الشربيني، معني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص306، 307. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص215.

وقد ذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> مذهب الشافعية، فلا فرق عندهم بين تعدد البائع أو تعدد المشتري. فللشفيع في الحالتين أن يأخذ جميع ما بيع، أو أن يقتصر على نصيب أي بائع، أو أي مشتري، لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع أو بتعدد المشتري .

ثالثا : مذهب المالكية : وقد ذهب المالكية<sup>(2)</sup> إلى أن العبرة في تعدد الصفقة ووحدها بتعدد العقد، ولا عبرة بتعدد البائع أو المشتري، أو الحصص المبيعة. قال خليل في مختصره: " وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح... فإذا تعدد العقد يوجب لكل عقد حكمه، ومن ثم تعدد الصفقة سواء تعدد البائع والمشتري والمبيع أو اتحد .

- والذي يترجح لدي هو مذهب المالكية. فنحكم على الصفقة موحدة أو مفرقة بناء على العقد نفسه، فحيثما اتحدت الصفقة واحدة، وحيثما تفرقت كانت الصفقة مفرقة. وهذا ما يتماشى مع المعنى اللغوي، حيث إن الصفقة تعني العقد نفسه. كما أنه يتفق مع فلسفة الإيجاب والقبول في نظرية العقد، حيث يجعل لكل اتفاق حكمه، بغض النظر عن عدد أطرافه، وعدد الحصص المبيعة.

وزيادة في توضيح صورة تجزئة الشفعة نعقد لها أربعة مطالب متالية.

- المطلب الأول : في وحدة الصفقة حيث لا يجوز للشفيع أن يفرقها .
- المطلب الثاني : في تعدد الصفقة حيث يجوز للشفيع أن يأخذ أي صفقة أراد .
- المطلب الثالث : شفعة الغائب .
- المطلب الرابع : تجزئة الشفعة في القانون المدني الجزائري .

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص530 .

<sup>(2)</sup> عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص228. - الخطاب، مواهب الخليل، المرجع السابق، ج5، ص327. - الخرشى على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص176 .

## المطلب الأول : وحدة الصفقة .

إذا كانت الصفقة واحدة فقد أجمع كل العلماء كما قال ابن المنذر: على أنه لا يجوز تفرقتها وأخذ بعض المبيع دون بعض . وتصور وحدة الصفقة في فرضين . الأول : المبيع عقار واحد . الثاني : المبيع عقارات متعددة

### الفرض الأول : العقار المبيع واحد .

إذا كان العقار المبيع واحدا، فلا يخلو حال المشتري من أمرين، إما أن يكون واحدا، أو أكثر .

أ - فإن كان المشتري واحدا والعقار المبيع واحدا : فقد ذهب جميع الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى أن الشفيع لا يجوز له سواء كان واحدا أو أكثر، أن يجزئ ما اشترى المشتري فيأخذ منه بعض العقار دون بعض . وإنما يجب عليه أن يشفع في العقار بتمامه، حتى لا يتبعض الصفة على المشتري . جاء في المدونة : " قلت لابن القاسم : رأيت لو أن رجلا اشترى شقفا من دار لها شفيعان، فقال أحد الشفيعين : أنا آخذ بالشفعة، وقال الآخر : أنا أسلم الشفعة، فقال المشتري للشفيع : الذي قال أنا آخذ خذ الجميع أودع، وقال الشفيع : لا آخذ إلا حصتي قال : قال مالك : يأخذ الشفيع الجميع أو يترك، وليس للشفيع الآخر أن يأخذ إلا الجميع إذا ترك صاحبه، فقد صارت الشفعة كلها له فليس له أن يأخذ بعضها دون بعض<sup>(2)</sup> .

وكذلك لو أن المشتري اشترى حضور ثلاثة رجال، فلا يستطيع الشفيع، مادامت الصفقة واحدة، أن يأخذ حظ أحدهم ويترك الباقي، وإنما عليه أن يأخذ حظوظ الجميع أو يترك . وصورة المسألة كما جاء في المدونة : " رأيت لو أن رجلا اشترى حضور ثلاثة رجال من دار مشتركة صفقة واحدة، وشفيعها رجل واحد، فقال شفيعها : أنا آخذ حظ رجل واحد منهم وأسلم حظوظ الاثنين منهم . وقال المشتري : خذ الجميع أو اترك . قال : قال مالك : يقال للشفيع خذ الجميع أو اترك، وليس له أن يأخذ بعض ذلك دون بعض . لأنها صفقة واحدة<sup>(3)</sup> .

ب - فإن كان المشتري متعددا . فقد ذهب الحنفية<sup>(4)</sup> والشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup> إلى أن الشفيع يستطيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين . لأن الصفقة عندهم تعدد بتعدد المشتري . ولما كان المشتري في هذه الحالة متعددا، فجاز للشفيع أخذ نصيب أي مشتري، وليس في هذا تفرقا للصفقة، بل إن الصفقة حصلت مفرقة ابتداء .

وقال المالكية لا يخلو حال المشتريين من أمرين : فهم إما أن يشتروا العقار على الشيوع، أو يشترونه على

الإفراز<sup>(7)</sup> .

<sup>(1)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص306 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص175 .

<sup>(2)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص406 .

<sup>(3)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص406 .

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص25 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص175 .

<sup>(5)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص306 . - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص81 .

<sup>(6)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص530 .

<sup>(7)</sup> الناجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص215 .



1 - فإن اشترى العقار على الشيوع. فقد ذهب جمهورهم إلى أن الشفيع لا يستطيع أن يفرق الصفقة فيأخذ من أحدهم دون الآخر، وإنما يجب عليه أن يأخذ كل المبيع أو يدع. وقال أشهب له أخذ حصة أحدهم دون الباقيين. جاء في المدونة: "قلت: فإن كانوا ثلاثة رجال اشترى من ثلاثة رجال داراً وأرضاً ونخلًا، وشفيع هذه الدار والنخل والأرض واحد. فأتى الشفيع فقال: أنا أخذ حظ أحدهم وأسلم حظ الاثنين، قال: لم أسمع من مالك فيه شيئاً، وليس ذلك له إلا أن يأخذ ذلك كله أو يتركه، وذلك إذا كان ذلك كله في صفقة واحدة."<sup>(1)</sup>

وقال الباجي تعقيباً على رأي ابن القاسم: للشفيع أن يأخذ ذلك كله أو يترك، هذا هو الحكم "سواء اشترى ثلاثة من ثلاثة، أو ثلاثة من واحد، أو واحد من ثلاثة إذا كان ذلك في صفقة. فأما شراء واحد من ثلاثة فظاهر. وأما الشفعة فيما اشترى ثلاثة من ثلاثة، أو ثلاثة من واحد، فإن كان ذلك على الإشاعة بينهم فبين أيضاً، وقد أشار أشهب في الموازية والمجموعة إلى أن هذا معنى المسألة. وقال: إن له أخذ حصة أحدهم دون الباقيين."<sup>(2)</sup>

أما كون شراء واحد من ثلاثة فظاهر، وذلك حتى لا يفرق الشفيع على المشتري صفقته، أو يجزئ له ما اشترى. وأما الثلاثة الذين اشترى على الشيوع من واحد أو من ثلاثة، فقد يكون قصدهم جعل هذا العقار شركة بينهم، ولذا اشتروه على الشيوع، ولا يرغبون في دخول شريك جديد عليهم، وهذه هي علة ثبوت الشفعة. ومن ثم فلا يجوز للشفيع أن يفرق عليهم صفقتهم، فيأخذ من أحدهم دون الآخرين. وإنما عليه أن يأخذ الجميع أو يترك.

2 - أما إذا اشترى العقار على الإفراز، حيث اشترى كل واحد منهم جزءاً مفزواً بثمن مسمى، في عقد واحد وشفقة واحدة، فهل يجوز للشفيع أن يفرق الصفقة فيأخذ من أحدهم دون الآخرين، أم لا يجوز؟  
اختلف الرأي عند المالكية، فذهب ابن القاسم إلى أنه لا يجوز له الأخذ من أحدهما، وإنما له أن يأخذ منهما أو يترك. وقال سحنون وأشهب: له الأخذ من أحدهما دون الآخر. واختاره اللخمي والتونسي. وقال ابن رشد إنه الأصح. لأن المأخوذ من يده لم تبعض عليه صفقته،<sup>(3)</sup> ولأنه إذا أخذ من أحدهما لا يضر الآخر.

وهذا الاختلاف بين المالكية، هو الذي جعل خليل في مختصره يقول: "كتعدد المشتري على الأصح... أي لا يجوز تبعض الصفقة في حالة تعدد المشتري على المذهب الأصح، وبالمفهوم المخالف لقوله يجوز ذلك على المذهب الصحيح"<sup>(4)</sup>. وهذا ما ذهب إليه بعض شراح خليل، فجاء في الخرشي مثلاً: "إذا تعدد المشتري فليس للشفيع الأخذ من البعض دون البعض... فإذا وقع البيع لجماعة في صفقة واحدة، وتميز لكل مشتراً ما يخصه،

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 415.

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى المرجع السابق، ج 6، ص 215.

<sup>(3)</sup> عبد الباقي الزرقاني، الزرقاني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 186.

<sup>(4)</sup> الشيخ عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج 7، ص 228. - عبد الله انواق، التاج والإكليل على مختصر خليل، مطبوع على هامش الخطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 327.

سواء تعدد البائع أو المتحد، فإن الشفيع يخيّر بين أن يأخذ من الجميع أو يردع، وليس له أن يأخذ من بعض دون بعض إلا أن يرضى من يريد الأخذ منه<sup>(1)</sup>.

### تعقيب وترجيح :

ويبدو لي أن ما قاله المالكية أرجح وأسلم من الناحية المنهجية والعملية مما قاله الجمهور. فتقسيمهم للمشتريين بين أن يشتروا على الشيوع، أو يشتروا على الإفراز، تقسيم منهجي سليم زاد المسألة وضوحاً. لأنه مادام المشتريين أكثر، فهم إما أن يشتروا على الشيوع أو على الإفراز، ثم ما قالوا به من أحكام يتماشى مع علة ثبوت الشفعة وحكمة مشروعيتها.

ففي حالة الشراء على الشيوع، فإن قصد المشتريين وإرادتهم متجهة إلى أن يكون العقار المشتري شركة بينهم، فلا يجوز حينها إدخال شريك جديد عليهم قد لا يرغبون بأن يكون معهم شريكاً يطلع على أسرارهم، فيتضررون بذلك، وعلة ثبوت الشفعة هي دفع ضرر الدخيل، والضرر يزال. ولذا وجب على الشفيع أن يطلب بأخذ كل العقار أو يترك، ولاداعي لأن يطلب بأخذ بعض العقار، أو نصيب واحد منهم، ويحشر نفسه مع مجموعة قد لا ترغب فيه. وهذا ما نلاحظه في الحياة العملية حيث نجد شخصاً أو مجموعة أشخاص يشتركون مع بعضهم في أي نشاط تجاري أو صناعي، ولا يشاركون آخرين. نظراً لما تقتضيه طبيعة الشركة من القاهم والأمانة والثقة المتبادلة. والانسجام والتجانس الكافي، وإلا انهدت الشركة وذهبت إلى الهاوية.

أما في حالة الشراء على الإفراز فإن الأمر على خلاف ما سبق، حيث إن إرادة الأفراد متجهة لكي ينفرد كل واحد بملكه، ولا ضير حينها بأن يطلب الشفيع بأخذ نصيب واحد دون الآخرين. إذ لا ضرر يقع على أي واحد منهم.

### الفرض الثاني : المبيع عقارات متعددة .

إذا بيعت عقارات متعددة في صفقة واحدة بثمن واحد، فهل يجوز للشفيع أن يقتصر في طلبه على بعض العقارات فقط ؟ أم لا بد أن يطلب بكل العقارات المبيعة ؟ مادامت الصفقة واحدة في هذه الفرضية، فيجب أن نميز بين حالتين : الأولى : أن تتوفر شروط الأخذ بالشفعة في جميع العقارات المبيعة . الثانية : أن تتوفر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات فقط .

### الحالة الأولى : شروط الشفعة متوفرة في جميع العقارات المبيعة .

إذا كانت العقارات المبيعة متعددة، ومتوفر فيها جميعاً شروط الأخذ بالشفعة، والصفقة واحدة، والشفيع في هذه العقارات جميعاً واحد، فهل يجوز له أن يقتصر في الأخذ بالشفعة على بعض العقارات فقط ؟ اختلف الفقهاء في هذه الحالة على ثلاثة مذاهب .

<sup>(1)</sup> الخريفي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 176 .

الأول: مذهب المالكية والحنفية: ذهب المالكية والحنفية إلى أن الشفيع لا يستطيع أن يقتصر في طلبه على بعض العقارات فقط. إلا بموافقة المشتري ورضاه<sup>(1)</sup>. لأن في ذلك تفريق للصفقة، ومبدأ عدم تفريق الصفقة وضع لمصلحة المشتري لا لمصلحة الشفيع، وهو الأعم بالضرر الذي يلحقه من وراء تفريق الصفقة، فيوافق أو لا يوافق. قال الباجي: " وإن أراد الشفيع أن يأخذ بقدر حصته، أو يقتصر على بعض العقارات دون بعض لم يجوز ذلك إلا بموافقة المشتري، فإن رفض فما على الشفيع إلا أن يأخذ الجميع أو يترك الأخذ بالشفعة، لما على المشتري في أخذ الشفيع بعض ما اشتراه من الشقص من الضرر بتبعيض صفقته والزامه سائرهما<sup>(2)</sup> .

وقال الكاساني: " إن المشتري ملك الدارين بقبول واحد في صفقة مجتمعة فلا يملك الشفيع تفريقها كما في الدار الواحدة، وإن لم يقع ضرر الشركة. إلا أن هناك ضرر آخر وهو أن الجمع بين الرديء والجيد في الصفقة معناد فيما بين الناس، فلو ثبت له حق أخذ أحدهما، لأخذ الجيد وترك الرديء، فيتضرر له المشتري. لأن الرديء لا يشتري وحده بمثل ما يشتري مع الجيد، فيتضرر به، سواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين، في مصر واحد أو في مصرين<sup>(3)</sup> .

وجاء في المدونة أن الشفيع لا يستطيع أن يقتصر في طلبه على بعض العقارات فقط دون بعض، سواء كان الباع رجلا واحدا أو اثنين أو ثلاثة، ما دامت الصفقة واحدة، والمشتري رجل واحد والشفيع رجل واحد. وهذا نصها: " رأيت لو أن رجلا اشتري نصيبا من دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد، فقال الشفيع أنا آخذ إحدى الدارين وأسلم الأخرى. وقال المشتري خذ الجميع أودع. قال: قال مالك: يقال للشفيع خذ الجميع أودع. قلت: فإن كان المشتري اشتري هذين النصيبين من رجلين مختلفين صفقة واحدة. قال: قال مالك: ليس للشفيع أن يأخذ حظ أحد الرجلين دون الآخر لأن الصفقة واحدة والمشتري واحد، فإذا أن يأخذ الجميع وإما أن يدع. قلت وإن كانوا ثلاثة رجال لأحدهم، نخل وأرض، وللآخر قرية، وللآخر دور، فباعوا جميع ذلك كله صفقة واحدة من رجل، وشفيع هذه القرية وهذه النخل وهذه الدور رجل واحد. فقال الشفيع أنا آخذ هذه النخل بحصتها من الثمن، ولا أريد القرية ولا الدور. وقال المشتري: خذ الجميع أودع... قال: قال مالك: ليس له إلا أن يأخذ الجميع أودع، وليس له أن يختار عليه أن يأخذ ما يحب ويدع ما يكره. قال ابن القاسم: لأن الشفعة تكون فيه وهو كله مما تجرى فيه الشفعة. وكذلك مسألتك في الثلاثة نفر ليس له إلا أن يأخذ الجميع أودع، لأنها صفقة واحدة ومشتريها رجل واحد، وشفيعها رجل واحد<sup>(4)</sup> .

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة وزفر من الحنفية و قول ثاني عند الشافعية: إلى أن للشفيع الحق في أخذ أحد العقارات دون الأخرى، سواء وافق المشتري أو لم يوافق، كما يجوز له أخذها جميعا. لأن الشفعة جعلت

<sup>(1)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص176.

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص215.

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص26.

<sup>(4)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص414، 415.

لدفع الضرر، وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر، ومن ثم كان له الحق في أخذ العقار الذي لا ضرر فيه. ولأنه من جهة أخرى شريك في كل العقارات فإذا أخذ بعضها، وترك البعض فلا حرج عليه، فكأنه أسقط بعض حقه<sup>(1)</sup>. وقال الحنابلة في تأييد رأيهم: إن الشريك الذي هو شفيع في كل العقارات المبيعة يستحق كل عقار بسبب غير الآخر، فكأنه جرى مجرى الشريكين. ومن المعلوم عندهم أنه إذا وقع البيع على شقطين من أرضين صفقة واحدة، والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر، فإن ترك أحدهما الصفقة كان للآخر أن يأخذ الصفقة من الشقص الذي هو فيه شريك فقط، ولا يستطيع أن يأخذ صفقة شريكه<sup>(2)</sup>.

المذهب الثالث: وذهب الشافعية في أظهر أقوالهم من المذهب<sup>(3)</sup> إلى أن الشفيع لا يجوز أن يقتصر في طلبه على بعض العقارات فقط، وإنما يجب عليه أن يأخذ كل العقارات أو يترك. وليس له تفريق الصفقة بأخذ أحدهما لاستحقاق الصفقة فيهما، كما ليس له تفريقها بأخذ البعض<sup>(4)</sup>.

تعقيب وترجيح: بالنظر في هذه المذاهب الثلاث يبدو لي أن ما ذهب إليه الحنفية والمالكية هو الراجح. ذلك أن ما ذهب إليه الشافعية في أظهر أقوالهم، يتماشى مع المبدأ العام الذي يفرض على الشفيع حين يطلب الصفقة، بأن يطلب كل العقار المبيع أو يترك، ولا يقتصر في طلبه على بعض العقار فقط، إعمالاً لمبدأ وحدة الصفقة. كما أن الحنابلة ومن معهم نظروا إلى توفر شروط الصفقة في كل العقارات المبيعة، ومن ثم قالوا الشفيع حر في أخذ أي عقار شاء، مادام أنه شريك فيها جميعاً. ولأن الصفقة شرعت لدفع الضرر، فالشفيع يختار العقار الذي لا ضرر فيه.

غير أن هؤلاء وأولئك أهملوا جانب المشتري الذي شرع لمصلحته مبدأ وحدة الصفقة، وعدم جواز تجزئتها. وهذا ما لم يفعله الحنفية والمالكية، حيث فرضوا على الشفيع أولاً أن يطالب بكل العقارات المبيعة أو يترك إعمالاً لمبدأ الوجوب بالمطالبة بكل العقار المبيع. فإذا أراد الاقتصار على بعض العقارات فقط، تماشياً مع كونه شفيعاً فيها جميعاً، كان ذلك موقوفاً على موافقة المشتري ورضاه. لأن تفريق الصفقة يلحق الضرر به، ولا ضرر ولا ضرار. ومن ثم أعطي المشتري حق الموافقة على تفريق الصفقة، ليكون في موقف يستطيع أن يدفع الضرر عن نفسه. وهذا جمع حسن لكل قواعد المسألة، ذلك أن الشفيع إن كان مريداً للصفقة وجب عليه أن يطالب بكل العقارات المبيعة، وما دام شفيعاً في كل العقارات فله حق الاقتصار على بعضها فقط، ولكن في هذا ضرر على الغير. ولما كان الضرر واقعا على المشتري كان إذنه ضرورياً، لتحقيق رغبة الشفيع في الاقتصار على بعض العقارات فقط.

<sup>(1)</sup> النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص325. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص73. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص26.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص509.

<sup>(3)</sup> النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص325.

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص73.

## الحالة الثانية : شروط الشفعة متوفرة في بعض العقارات فقط .

وصورتها فيما لو باع المالك دارين متلاصقتين صفقة واحدة لرجل واحد، فهل يستطيع جار أحد الدارين أن يشفع فيهما معا ؟ أو يشفع في الدار التي تجاوره فقط ؟ أو كان لكل دار شفع فترك أحدهما أخذ الشفعة، فهل يجب على الآخر أن يشفع فيهما معا ؟ أو يشفع في التي هو شفعها فقط ؟ وما هو لصيق بهذه الحالة، مسألة بيع شقص وسيف . فنوضح أولا حالة توفر شروط الشفعة في بعض العقارات، ثم نوضح ثانيا مسألة بيع شقص وسيف .

### أولا : شروط الشفعة متوفرة في بعض العقارات .

هذه الحالة يتنازعها مبدآن، الأول وحدة الصفقة، والثاني شروط الشفعة . فإذا نظرنا إلى وحدة الصفقة فإنه يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات المبيعة ما توافر فيها الشروط وما لم يتوافر، أو يدع المطالبة بأخذ الشفعة . وإذا نظرنا إلى شروط الشفعة، فإن الشفيع لا يستطيع أن يطالب إلا بالعقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة . أما ما لم توافر فيها شروط الشفعة، فلا سبيل له للمطالبة بها . وقد دارت آراء الفقهاء بين هذين المبدآن . وإن كان جمهورهم مال إلى الالتزام بمبدأ الشروط .

فذهب المالكية والحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> : إلى أن الشفيع لا يستطيع أن يشفع إلا في العقار الذي توافرت فيه شروط الشفعة، ولاحق له في غيره من العقارات التي لم تتوفر فيها الشروط، حتى وإن بيعت صفقة واحدة . جاء في المدونة : " قلت رأيت إن اشترت شقصا من دارين صفقة واحدة، وشفيع كل دار على حدة، فسلم لي أحدهما الشفعة وأراد الآخر الأخذ بالشفعة، فقلت له خذ الصفقة كلها أو دع فقال : لا أخذ إلا الذي أنا فيه شفع، أيكون له ذلك في قول مالك أم لا ؟ قال : قال مالك : للشفيع أن يترك تلك التي لا شريك له فيها لأنه ليس بشفيع لها ويأخذ التي له فيها شرك لأنه شفيعها<sup>(4)</sup> .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة . لأن العقار الذي توفر فيه الشرط لاسبيل لأخذه بدون الباقي، لما فيه من تفريق الصفقة . فيأخذ حينئذ العقار الذي توفر فيه شرط الشفعة لوجود سببه، ويأخذ الباقي احترازا عن تفريق الصفقة<sup>(5)</sup> .

وقال السنهوري في الوسيط : على الشفيع أن يبدأ بطلب العقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة، فإن رأى المشتري أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضره، فله أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع كل العقارات، ما توافرت فيها شروط الشفعة، وما لم يتوافر، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل

<sup>(1)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج-5، ص175، 176 .

<sup>(2)</sup> الماوردي، الخاوري الكبير، المرجع السابق، ج-9، ص72 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج-5، ص509 .

<sup>(4)</sup> سجنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص415 .

<sup>(5)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج-5، ص26 .

العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط، أو يتركها كلها، حتى ما توافرت فيها الشروط. وهذا جمع حسن للمبدئين في المسألة. وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أحكام متعددة<sup>(1)</sup>.

ثانيا : مسألة بيع شقص وسيف .

ومما يتصل بالحالة السابقة ما يطرحه الفقهاء في مسألة بيع شقص وسيف، أو أي سلعة أخرى. وصورتها فيما لو بيع شقص مشفوعا فيه، ومعه ما لا شفعة فيه، كالسيف والثوب، في عقد واحد بثمن واحد. فهل تثبت الشفعة فيهما؟ أو تثبت الشفعة في الشقص فقط باعتباره عقارا؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين الجمهور من جهة، والظاهرية من جهة أخرى.

قال المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(2)</sup>: إن الشفعة تكون في الشقص فقط دون ما بيع معه من السلعة أو الثوب أو السيف. لأن هذه منقولات لا شفعة فيها، ولا هي تابعة لما فيها الشفعة. إذ المنقول التابع للعقار كما سبق أن رأينا في المبحث الأول، والذي يأخذ حكم العقار بالتبعية وتثبت فيه الشفعة، هو المنقول الذي صلاح العقار وخدمته متوقفة عليه. أما هذا فهو منقول ليس عاملا، في العقار ولا مرصودا على خدمته.

وردوا على الذي يعترض - بأن في هذا ضرر قد يلحق المشتري من جراء تفريق الصفقة عليه - قالوا: إن الضرر اللاحق بالمشتري هو الحقه بنفسه، لجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة، وما لا تثبت فيه. بل قالوا: إن الضرر ليس في إبقاء السلعة أو الثوب أو السيف له، بل في أخذها منه. لأنه ربما كان غرض المشتري حين جمع في الصفقة بين الشقص، وهذه السلعة التي لا شفعة فيها بطبيعتها، هو أن يحتفظ بها لنفسه، فأخذها منه تقويت لغرضه، وإضرار به من غير سبب يقتضيه.

أما كيف يأخذ الشقص بثمنه، إذ العقد واحد والثمن واحد؟ فقالوا: يقوم كل من الشقص والسلعة على حدة، ثم يقسم الثمن على قدر قيمتهما، فما يخص الشقص يأخذ به. فلو فرضنا أن قيمة الشقص منفردا عشرة دینار، وقيمه مع ما بيع معه من السلعة خمس عشرة دینارا، فحصة الشقص من الثمن الثلاثين. فيأخذ الشفيع الشقص بثلثي الثمن، سواء زاد على العشرة أم لا.

وقال ابن حزم الظاهري: إن الشفعة تثبت في الشقص وما بيع معه من السلعة. ولا سبيل للشفيع لتفريق الصفقة، وإنما يجب عليه أخذ الجميع. وحجته في ذلك أن الباع لم يرض ببيع الشقص وحده دون تلك السلعة، فلا يجوز إجباره على بيع ما لا يرضى ببيعه، لقوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص489.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص508. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص72. - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص214. - الخراشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص166.

تراض منكم<sup>(1)</sup> ولو عرض البائع على الشريك قبل البيع لم يكن له إلا أخذ الكل أو الترك. فإذا كان ليس له قبل البيع تبويض ما لا يريد البائع تبويضه، فلا يستطيع تبويضه بعد البيع.

ثم إن الشفيع لا يستطيع أن يلزم المشتري بعض صفقة لم يرض قط تبويضها. ولا أن يفسخ على البائع بيعا وقع صحيحا، إلا بنص، ولا نص في شيء من ذلك. وليس للمشتري قول إذا رضي بتسليم الشقص وحده دون بقية السلعة، فإن القول قول الشفيع. فهو الأحق بجميع الصفقة إن أراد ذلك، لأنها صفقة واحدة وعقد واحد. فإما أن تصح، فتصح كلها، وإما أن تفسد فتفسد كلها، ولا يمكن تبويض عقد واحد بتصحيح بعضه، وإفساد بعضه، إلا بنص وارد في ذلك<sup>(2)</sup>.

## ترجيح :

والذي يترجح لدي هو رأي الجمهور. لأن فتح هذا الباب قد يكون وسيلة للتحايل على الشفيع لسقوط حقه. فيعتمد الشريك إلى بيع شقصه وسلعة أخرى، قد لا يكون الشفيع في حاجة إليها، أو يعجز عن توفير ثمنها وسدادها، فسدا للذريعة وإغلاقا لباب الحيل نقول: إن للشفيع الحق في أخذ الشقص المبيع بقيمته من الثمن، دون باقي السلعة التي لاشفاعة فيها أصلا. بل قد يتحايل البائع بأشد من ذلك لمنع الأخذ بالشفاعة، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشترا واحد، أو لمشتريين متعددين على الشفيع، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار، الذي يلاصق العقار المشفوع به، فيبيعه مفرزا بيعا صوريا لشخص آخر، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به، فيمنع الأخذ بالشفاعة. فإذا أثبت الشفيع ذلك كان له أن يطالب بأخذ كل العقار بالشفاعة، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع<sup>(3)</sup> أما إذا لم يكن هناك بيع صوريا، فلا شفاعة حينها للشريك لفوات سببها.

## المطلب الثاني : تعدد الصفقة

وصورتها فيما لو اشترى مجموعة من الناس عقارا واحدا في صفقات متعددة، حيث اشترى كل واحد منهم جزءا مفرزا من العقار بثمن مسمى، أو باع المالك عقارات متعددة لمشترا واحد أو أكثر في صفقات متعددة، وفي عقود متفرقة على مراحل مختلفة. ففي الحالتين فإن للشفيع الحق في أخذ كل الصفقات، فيستولي بذلك على كل العقار المبيع، ويحوز جميع العقارات، أو يأخذ بالشفاعة بعض الصفقات دون بعض. وليس في هذا تجزئة للشفاعة، إذ هي مجزأة من الأصل.

قال ابن عرفة: "وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها"<sup>(4)</sup> وجاء في المغني: "ومن باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة، وله أن يأخذ من أحدهم، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث.

<sup>(1)</sup> سورة النساء آية رقم 29.

<sup>(2)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 9، ص 97.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 487.

<sup>(4)</sup> الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 5، ص 327.

لأن عقد كل منهما منفرد، فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة. فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته في الشفعة لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه، ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق<sup>(1)</sup>. وجاء في المدونة: "أرأيت لو أن رجلا اشترى حظوظ ثلاثة رجال من دار مشتركة في صفقات مختلفة، حيث اشترى من كل واحد منهم حظه على حده، في صفقة على حدة. فقال الشفيع: أنا أخذ حظ واحد منهم، نظر إليه فإن كان إنما أخذ حظ أول صفقة اشترأها المشتري، فلا شفعة للمشتري معه فيها لأن صفقته الباقيتين إنما وقعتا بعد هذه الصفقة. قال: وقال مالك: وإن أخذ الشفيع الصفقة الثانية كان للمشتري معه الشفعة بقدر صفقته الأولى. ولا تكون له الشفعة بصفقته الآخرة، لأنها إنما كانت بعد الصفقة الثانية. قال مالك: وإن أخذ الآخرة، كان المشتري شفيعا مع الشفيع بالصفقتين الأوليين كليهما وهذا قول مالك<sup>(2)</sup>."

يتبين لنا من خلال قول ابن عرفة ونص المدونة والمغني، أنه في حالة بيع العقار دفعة واحدة في صفقات متعددة، فإن للشفيع الحق في أخذ كل الصفقات، أو أخذ بعضها. ولا يستطيع أي واحد من المشتريين أن يشفع معه لعدم وجود ملك سابق لهم.

أما في حالة بيع عقارات متعددة لمشتريين متعددين، على مراحل مختلفة، فإن للشفيع الحق أيضا في أخذ كل الصفقات، أو أخذ بعض الصفقات فقط. ولكن في هذه المرة تطرح مسألة مشاركة باقي المشتريين للشفيع. فلو فرضنا أن مالكا لعقارات متعددة، باعها لثلاثة أشخاص، في صفقات متعددة على مراحل مختلفة. وأخذ الشفيع نصيب واحد منهم، فهل يثبت حق الشفعة للآخرين، على اعتبار أن ملك أحدهما قد سبق ملك المشفوع منه، والشفعة تثبت بملك سابق. للإجابة على هذه الحالة نميز بين فرضين، فرض أخذ صفقة واحدة والشفوع عن الآخرين، وفرض أخذ كل الصفقات<sup>(3)</sup>.

### الفرض الأول: أخذ صفقة واحدة والشفوع عن الآخرين.

فإذا فرضنا أن الشفيع أخذ نصيب الأول، لم يكن للآخرين مشاركته في شفيعته لأنها لم يكن لهما ملك سابق وقت بيع نصيب الأول. وإذا أخذ نصيب الثاني وحده، لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الأول في شفيعته. لأن ملكه سابق لشراء الثاني، فهو شريك حال شرائه. ويحتمل ألا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة، فلا يكون سببا في استحقاقها. وذهب الشافعي إلى أنه إذا عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني، لأن العفو يسقط الحق عن الشفعة كسائر الحقوق المالية. أما إذا لم يعف عنه فلا يستطيع مشاركته، لأنه إذا عفا استقر ملكه، بخلاف إذا أخذ فإن ملكه لا يستقر. وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففي مشاركتهما له وجهان، وجه بالمشاركة ووجه بعدم المشاركة. كما في أخذ نصيب الثاني والشفوع عن الأول.

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص531.

<sup>(2)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص407.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص82. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص213. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص531. سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص407.



## الفرض الثاني : أخذ كل الصفقات .

إذا أخذ الشفيع كل الصفقات فهل يشفع معه المشتري الأول والثاني في نصيب المشتري الثالث، على اعتبار أن ملكهما سابق لملك المشتري الثالث ؟ في ذلك رأيان :

الأول : لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة، فلا يستحق عليه بها شفعة. الثاني: يشاركه المشتري الثاني في شفعة الثالث. وهذا قول أبي حنيفة، وبعض أصحاب الشافعي. لأنه كان مالكا ملكا صحيحا حال شراء الثالث لنصيبه. ولأنه إذا عفا عنه، استحق مشاركته في الشفعة. فكذلك إذا لم يعف عنه، فإنه يستحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكا، لا بالعفو عنه. وذهب الحنابلة إلى أن الأول هو الذي يشاركه في شفعة الثاني والثالث. وقالوا في تعليل ذلك " إن الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول، وللمشتري الأول أخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الأول في شفعة الثاني والثالث جميعا".<sup>(1)</sup>

- والذي يترجح لدي هو القول الأول، لأنه ما دامت أملاكهم مستحقة بالشفعة فلا يعقل أن يستحق بها شفعة، والا وقعنا في حلقة مفرغة .

## المطلب الثالث : شفعة الغائب

ومما يتعلق بمسألة تجزئة الشفعة، غياب بعض الشفعاء، وحضور بعضهم الآخر. فمن المتفق عليه بين أهل العلم أن للغائب شفعة كما هي للحاضر. لأنها حق مالي وجد سببه بالنسبة للغائب فيثبت له كالإرث، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فيثبت له عند علمه كالحاضر.<sup>(2)</sup> فإذا كان هناك عقار مشترك بين جماعة بعضهم حاضر وبعضهم غائب، وباع بعض الشركاء نصيبه، فكيف يأخذ الحاضر شفعته ؟ وكيف يأخذ الغائب شفعته حين قدومه ؟ وماهي مرتبة الغائب بالنسبة للحاضر ؟ نوضح ذلك في ثلاثة فروع .

## الفرع الأول : كيفية أخذ الحاضر لشفعته .

إذا كان بعض الشفعاء حاضرا، وبعضهم غائبا، وبيع عقار مشترك بينهم، فلا يجوز للشفيع الحاضر أن يقتصر في أخذ الشفعة على قدر حصته فقط، بل عليه أن يأخذ جميع العقار أو يترك. ولا يستطيع المشتري أن يمنعه من أخذ الجميع لأنه لا مطالب له سواه. ولا أن يفرض عليه أن يأخذ قدر حصته فقط. لأنه في الحالتين تبعيض للشفعة. كما لا يستطيع الشفيع أن يؤخر طلب الأخذ بالشفعة، إلى أن يقدم شركاؤه، لأن في التأخير

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص531 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص485 .

إضرار بالمشتري. وإذا أخذ الحاضر كل العقار المبيع بالشفعة، استمر ملكه للعقار قائما، حتى يحضر الغائب فيأخذ بالشفعة أو يترك<sup>(1)</sup>.

فإن امتنع الحاضر عن أخذ جميع العقار المبيع، وقال: لا أخذ بالشفعة حتى يقدم شريكي فناخذ معا، أو قال: أخذ قدر حصتي فقط، وأترك حصص أصحابي حتى يقدموا، فإن لم يأخذوا حصصهم أخذتها. فهل يجوز له ذلك؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين.

فذهب مالك<sup>(2)</sup> والأظهر في مذهب الشافعية<sup>(3)</sup> إلى أن شفعة تسقط، ولا شيء له. لأنه كان قادرا على أخذ الكل وتركه، فأشبه المنفرد الذي يريد تبعض الصفقة. وعلى هذا فإنه على الغائبين، إذا حضروا أن يأخذوا جميع المبيع أو يتركوا. فإن أخذوا جميع المبيع، لم يكن لذلك الحاضر فيما أخذ الغائبون شفعة. لأنه قد ترك ذلك أولا، فإن عفوا وتركوا شفعتهم سقطت الشفعة، ولا حق فيها للحاضر، لبطان شفعتهم.

وذهب الحنابلة<sup>(4)</sup> وأبو إسحاق المروزي من الشافعية، إلى أن حق الحاضر لا يسقط. لأنه ترك الأخذ بالشفعة لعذر، وهو خوف قدوم الغائب فينزعه من يده. وعلى هذا إذا قدم الغائب وطلب الشفعة كانت بينهم بالسوية. وذلك أن الترك لعذر لا يسقط الشفعة، بدليل ما لو أظهر المشتري ثمنا كبيرا، فترك الشفيع شفعتهم لذلك. ثم بان خلافه فلا تسقط شفعتهم.

### الفرع الثاني: كيف يأخذ الغائب شفعتهم وقد أخذ الحاضر جميع المبيع بالشفعة

إذا فرضنا أن العقار المبيع مشترك بين أربعة، وكان ثلاثة منهم غائبين، فإن الحاضر منهم إذا رغب في أخذ الشفعة، فإنه يأخذ كل العقار المبيع بالشفعة. فإذا قدم الغائبون فإنهم يدخلون معه جميعا إن أحبوا، فيأخذون بقدر ما كان لهم من شفعتهم.

غير أن الغائبين قد يقدمون معا، وقد يقدمون الواحد بعد الآخر. فإذا قدموا معا، فإن بعضهم قد يعفو عن الشفعة، ويطلب بها البعض الآخر. فهل يستطيع الذي طالب بالشفعة، أو الذي قدم ولم يقدم بعد أصحابه أن يقتصر على طلبه في أخذ الشفعة على قدر حصته فقط؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب.

الأول: ذهب مالك وقول عند الشافعية إلى أن الشفيع الغائب إذا قدم لا يستطيع أن يأخذ قدر حصته فقط، وإنما يجب عليه أن يكون شريكا يقاسم الشفيع الحاضر جميع ما أخذ، فيأخذ أو يترك. كما كان الحال بالنسبة للحاضر مع المشتري<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص302. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص527. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص419. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص177، 178.

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص215. سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص419.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص47.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص528.

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص420.

الثاني : وذهب الحنابلة وقول ثان عند الشافعية : إلى أنه إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة، ثم قدم الثاني، فقال لا يأخذ منك نصفه، بل اقتصر على قدر نصيبي، وهو الثلث مثلاً فله ذلك . لأنه اقتصر على بعض حقه، وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري، فجاز كترك الكل<sup>(1)</sup> .

الثالث : وفرق الحنفية<sup>(2)</sup> بين صورتين . صورة قدوم الغائب قبل القضاء بالشفعة، وصورة قدومه بعد القضاء بالشفعة . لأن الشفعة عندهم تثبت إما بالتراضي أو بالتراضي .

#### الصورة الأولى : حضور الغائب قبل القضاء بالشفعة للحاضر

إذا رغب الحاضرون أو بعضهم عن الشفعة، قبل قبض العقار المشفوع فيه، فإن المتنازل منهم يعتبر كأنه غير موجود . ومن ثم فإن المبيع يقسم بالسوية بين المتمسك بحقه، ومن كان غائبا منهم ثم حضر . حتى إذا كان المتنازل من جميع الحاضرين كان المبيع كله للغائب بعد حضوره طالبا للأخذ بحقه . أما إذا تنازلوا عن الشفعة بعد قبض العقار المشفوع فيه، فلا يكون لهذا التنازل من أثر . ولكن لهم الرد بخيار الرؤية أو العيب، وعند الرد بأحد هذين السببين، يكون الحكم كما سبق، فتعاد القسمة بين الحاضرين والغائب بعد حضوره .

#### الصورة الثانية : حضور الغائبين بعد القضاء بالشفعة

إذا حضر الغائب بعد القضاء بالشفعة للحاضرين، فإن ملك الحاضرين يكون قد ثبت بالقضاء . ولا تتم الرغبة عنه إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب . فإذا ترك بعض الشفعاء حصته بناء على ما له من خيار رؤية أو عيب، سواء قبل القبض أو بعده، فإن المتروك في هذه الحال، يعود لمن أخذ منه من بائع أو مشتري . فإن كان المتروك في هذه الحال بعض المبيع، تجزأت على من أخذت منه . فإن كان بائعا اغتقر ذلك استثناء، وإن كان مشتريا كان له الرد بالعيب . لأن تجزئة الصفقة عليه عيب، يستحق به الرد على البائع، فينتهي الأمر إلى تجزئتها بالنسبة للبائع . ومهما يكن فإن حق الشفيع الغائب عند حضوره يقتصر على مقدار ما قد يكون له لو أنه كان حاضرا معهم، وقضي بالبيع بينهم جميعا .

ولنضرب لذلك مثلا حتى تتضح الصورة أكثر . فإذا بيع عقار وله أربعة شفعاء أحدهم غائب، فإنه يقضى به للحاضرين، لكل واحد منهم ثلث . فإذا حضر الغائب، وطلب حصته، وقد ترك أحد الحاضرين حصته وهو ثلث، بخيار رؤية أو عيب . فإن الغائب إذا حضر لا يكون له حق إلا في ربع العقار، وهو ما كان يأخذه لو أنه كان حاضرا عند القضاء . والحكم نفسه إذا ما رد جميع الحاضرين المبيع كله بخيار رؤية أو عيب . ذلك أن القضاء لهم بالبيع أبطل حق الغائب في الثلاثة أرباع، وهي حصة الحاضرين، وبقي حقه وهو الربع . وقد بطل القضاء به لهم، لأنه حق لغيرهم وهو الغائب . ذلك أن المبيع في الحقيقة موزع بين الشفعاء حاضريهم وغائبهم لكل

(1) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص529 . - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص47 .

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص6 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص177، 178 .

له فيه نصيب، غير أن الحاضر ألزم بطلب جميع المبيع لاحتمال ألا يطالب غيره من الشفعاء الغائبين، فتجزأ الصفقة على المشتري. فإذا قضى القاضي بالمبيع للحاضرين وحدهم، فإن هذا القضاء يتضمن نصيبهم ونصيب الغائب. وأما قضاء القاضي في نصيب الحاضرين، فإنه يتضمن بطلان حق الغائب في نصيبهم. فلا يستطيع أن يأخذه بعد ذلك ولو تركه بمخيار رؤية أو عيب. أما نصيبه فقد قضى به للحاضرين، أو لم يقض به ولكنه عندما حضر وطلب حقه، فقد بطل هذا القضاء. وعلى هذا فلا يكون له في العقار المبيع إلا حقه لو كان حاضرا عند القضاء.

ويبدو لي أن ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية في القول الثاني هو الراجح. لأننا نصل إلى نفس النتيجة ولكن بطريقة أسهل وأيسر. أما على رأي المالكية والحنفية، فإننا سنضطر إلى تقسيم العقار كلما قدم غائب. فإن كانوا أربعة فسوف يقسم العقار نصفين ثم ثلاثة أرباع ثم أربعة أرباع. أما على رأي الحنابلة فإنه كلما قدم غائب أخذ نصيبه، حتى يستوفي كل ذي حق حقه، ولا داعي لكي نعيد التقسيم كل مرة.

### الفرع الثالث : مرتبة الغائب بالنسبة للحاضر

إذا قدم الغائب وقد أخذ الحاضر جميع المبيع بالشفعة، فلا يخلو وضعه من حالات ثلاث،<sup>(1)</sup> فهو إما أن يكون في مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر، أو في مرتبة مساوية لمرتبة الحاضر، أو في مرتبة أدنى من مرتبة الحاضر، وهذا توضيح لهذه الحالات الثلاثة.

#### الحالة الأولى : الغائب في مرتبة أعلى من الحاضر .

إذا كان الغائب في مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر، كأن يكون الغائب شريكا، ويكون الحاضر خليطا أو جارا. فإن الغائب بعد حضوره، يأخذ كل المبيع سواء تم القضاء به للحاضر، أو لم يقض له به بعد. وسواء تسلمه الحاضر أو لم يتسلمه، وسواء تمسك الحاضر بشفعته أو لم يتمسك. ذلك أن حق الشريك مقدم على حق الخليط والجار، وحق الخليط مقدم على حق الجار، فيعطى الشريك الغائب كل العقار المشفوع فيه في جميع الأحوال، إذا ما حضر طالبا أخذه بالشفعة<sup>(2)</sup>.

#### الحالة الثانية : الغائب والحاضر في مرتبة واحدة .

إذا كان الغائب والحاضر في مرتبة واحدة، كأن يكونوا جميعا شركاء أو جيرانا. فكيف يأخذ الغائب شفعته، وقد أخذ الحاضر جميع المبيع بالشفعة؟ تميز في هذه الحالة بين فرضين، فرض حضور جميع الغائبين معا، وفرض حضور الغائبين واحدا بعد الآخر.

<sup>(1)</sup> اعتمدت في تقسيم هذه المراتب الثلاثة على ما يقوله الحنفية، حيث يقسمون الشفعاء إلى مرتب ثلاث، أولا الشريك وهو أعلى مرتبة، ثم الخليط وهو الشريك في حق من حقوق الارتفاق، وأخيرا الجار.

<sup>(2)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص178.

الفرض الأول: إذا حضر جميع الغائبين معا، بعد أن أخذ الحاضر الشقص كله بالشفعة. فقد ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والصحيح عند الحنابلة<sup>(2)</sup> ورأي عند الشافعية<sup>(3)</sup> إلى أن المشفوع فيه يقسم على قدر أملاكهم. أي أن كل شفيع يأخذ بنسبة ملكه.

وذهب الحنفية<sup>(4)</sup> ورواية عند أحمد ورأي عند الشافعية إلى أن المشفوع فيه يقسم على عدد الرؤوس. فلو فرضنا أن العقار المبيع شركة بين أربعة، يملك الأول فيه نسبة 10% والثاني نسبة 20% والثالث 30% والرابع 40%، وباع الرابع حصته لأجنبي، فعلى الحاضر من الشفعاء أن يأخذ الحصة كلها. فلو فرضنا أن الأول هو الحاضر، والثاني والثالث كانا غائبين، فعند حضورهما، فعلى مذهب المالكية ومن معهم يأخذ كل واحد منهم بنسبة ما يملك. فيأخذ الأول في الحصة المبيعة نسبة 10% ويأخذ الثاني نسبة 20% ويأخذ الثالث نسبة 30%. أما على مذهب الحنفية، فإن الحصة المبيعة تقسم بينهم بالتساوي، بغض النظر عن نسبة أملاكهم.

- والذي يترجح عندي هو رأي الحنفية. لأن سبب ثبوت الشفعة متحقق لكل شريك سواء، كان ملكه كبيرا أو صغيرا. والضرر المحتمل من الشريك الجديد لا يختلف باختلاف نسبة الملك قليلا أو كثيرا.

الفرض الثاني: وإذا حضر الغائبون واحدا بعد الآخر، فإن الأول منهم يشارك الحاضر فيما أخذ بالتساوي، دون انتظار لمن قد يكون غائبا مثله من الشفعاء. فإذا حضر آخر شفيع اقتسموا العقار المشفوع فيه على الرأين السابق ذكرهما. إما على عدد الرؤوس، أو على قدر الأملاك. وإن كت رجحت الرأي القائل بالقسمة على عدد الرؤوس.

### الحالة الثالثة: الغائب في مرتبة أدنى من الحاضر.

وفي هذه الحالة لا يكون للغائب حق في الشفعة ما دام الحاضر متمسكا بحقه، فإذا رغب الحاضر عن الشفعة فلذلك صورتان<sup>(5)</sup>: وهما إما أن يرغب عن الشفعة قبل القضاء بها، أو يرغب عنها بعد القضاء بها. وهذا على ظاهر الرواية. أما على مذهب أبي يوسف فإن الشريك باعتباره في مرتبة أعلى، فإنه إذا سلم فلا شفعة لغيره. لأن الحق عند البيع كان له لا لغيره. ألا ترى أن غيره لا يملك المطالبة، فإذا سلم سقط الحق أصلا. والصحيح ما ذهب إليه ظاهر الرواية.

الصورة الأولى: إذا رغب عن الشفعة بعد القضاء بها، فإنه لا يملك رد المبيع إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب. فإذا تركه لمن تسلمه منه بخيار رؤية أو عيب قبل قبضه أو بعد قبضه، وكان ذلك بواسطة القضاء لا بالرضاء، فلا يكون الشفيع الغائب إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة حق فيه. لأن قضاء القاضي للحاضر أبطل

<sup>(1)</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 189. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 419.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 523.

<sup>(3)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 305.

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 5.

<sup>(5)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 8. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 5، ص 177.

حقه في الشفعة. أما إذا تركه بعد قبضه عن تراض لا عن تقاضي، فإن للشفيع الغائب عند حضوره أن يأخذه بالشفعة. لا بناء على ما حصل من بيع في غيبته، ولكن لأن رد العقار المبيع من طرف الحاضر إلى من أخذ منه من بائع أو مشتري، يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الأخذ بالشفعة.

الصورة الثانية: وإذا رغب الشفيع الحاضر عن العقار المشفوع فيه قبل القضاء به، ففي هذه الحالة إذا رغب عنه، قبل تسلمه سقط حقه في الشفعة. وكان للغائب عند حضوره، أن يأخذ العقار بالشفعة. لأن الحاضر أسقط حقه قبل أن يملك، وهو حق يقبل الإسقاط.

أما إذا كانت رغبته عنه بعد تسلمه، لم يكن لهذه الرغبة من أثر. لأنها جاءت بعد ثبوت الملك، والملك لا يقبل الإسقاط. فإن حضر الغائب وجد المشفوع فيه مملوكا لمن هو أولى منه، فلا يستطيع الأخذ جبرا عنه، وإنما يستطيع أن يتفق معه على أخذه، فيكون ذلك مبادلة جديدة بينهما.

غير أن الشفيع الحاضر إذا لم يستطع أن يتنازل عن الشفعة، بعد ثبوت ملكه للمشفوع فيه بقبضه. يستطيع أن يرده على من أخذه منه، من بائع أو مشتري، بخيار رؤية أو بخيار عيب. وعند ذلك يكون للغائب إذا حضر حق الأخذ بالشفعة، لأن حقه باق لم يبطله قضاء سابق بالمشفوع فيه لمن هو أولى منه.

## المطلب الرابع: تجزئة الشفعة في القانون المدني الجزائري

لم يرد في القانون المدني الجزائري نص في مسألة تجزئة الشفعة، ولعل المشرع ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء. ومهما يكن السبب في عدم النص على هذه المسألة في المواد المتعلقة بالشفعة، فإن ما قلناه في الفقه الإسلامي في المطالب السابقة، ينطبق على القانون المدني، وذلك وفقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، حيث جاء فيها " وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية "

ولعل المشرع الجزائري احتذى في ذلك حذو المشرع المصري، الذي كان مشروعه التمهيدي يحتوي على نص صريح في هذه المسألة، وهي الفقرة الثانية من المادة 935، والتي كانت تنص على أن " الحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث، وهو حق لا يتجزأ في استعماله " غير أن لجنة مجلس الشيوخ بعد نقاش دار بينها استقر رأيها على حذف هذه الفقرة، وتركت حكمها لاجتهاد الفقه والقضاء. والقضاء في مصر مطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة، وهو حكم الفقه الإسلامي.

وعلى خلاف القانون الجزائري والمصري، فقد أورد كلا من القانون المدني العراقي، واللبناني، نصا صريحا في المسألة، فقد جاء في المادة 1135 مدني عراقي على أن " الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع، ويترك بعضه، ولكن إذا تعدد المشترين واتحد البائع، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقي ". ونصت المادة 245 من قانون الملكية العقارية اللبناني ( المعدلة بقانون 5 شباط 1948 ) على أن " حق الشفعة لا يتجزأ، فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله، فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في

الفئة، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة وجب على الباقي، طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها أما إذا تعدد المشترون فالشفعة أن يأخذ نصيب أحدهم فقط<sup>(1)</sup>.

ومما تجب ملاحظته في هذا المقام أن المادة 798 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها 939 من القانون المدني المصري، نصت على أنه " لا شفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية " .

وبناء على هذا إذا وقع البيع على عقار لمشتريين متعددين على الشيوع، وكان أحد هؤلاء المشتريين من أصول البائع أو من فروعهم، أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة، أو زوجه، أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية. فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة. ومن ثم تبطل الشفعة بالنسبة لسائر المشتريين. لأن الشفعة يجب عليه إعمالاً لمبدأ عدم تجزئة الشفعة، أن يطالب بكل العقار المبيع. وهو لا يستطيع أن يشفع في حصة المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة، ومن ثم لا يستطيع أن يشفع في العقار بتمامه، فتسقط شفعة بالنسبة إلى جميع المشتريين. هذا ما لم يطعن الشفيع بالصورية في عقد المشتري الذي لا يجوز الأخذ منه بالشفعة، على أساس أنه أقحم بين المشتريين بعقد صوري، تحالفاً لمنع الأخذ بالشفعة. فإذا أثبت الشفيع صورية هذا العقد جاز له أخذ كل العقار المبيع بالشفعة<sup>(2)</sup>.

القادر للعلوم الإسلامية

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 483 .  
<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 487 .

# المبحث الرابع

## شروط التملك بالشفعة

**تمهيد :** إذا نظرنا في النصوص المتعلقة بالشفعة سواء منها الشرعية أو القانونية، نجد أنها لا تتحدث إلا على البيع. فهل يعني ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع، أم أن ذلك عنوانا على عقود المعاوضات؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين. مذهب ابن حزم، ومذهب جمهور الفقهاء .

ذهب ابن حزم الظاهري إلى أنه لا شفعة في عقد البيع وحده، أخذًا بظاهر النصوص التي ورد فيها البيع. وهذا الرأي موافق لرأي القانون المدني الجزائري والمصري. فلا شفعة عند ابن حزم في صداق ولا إجارة ولا هبة ولا غير ذلك من عقود المعاوضات. وهو قول جماعة من السلف، منهم الشعبي والحسن وأبي سليمان والليث . ورد على الذين أجازوا الشفعة في الإجارة والصداق بقوله: إن البيع تملك للمبيع، والإجارة إباحة المنافع الحادثة الظاهرة. ولأنه لا يحل بيع ما لم يخلق، فالإجارة إنما هي عقد على ما لم يخلق. والبيع تملك، والصداق ليس تملكًا للرقبة. كما أن النكاح يجوز بغير ذكر صداق، ولا يجوز البيع بغير ذكر الثمن<sup>(1)</sup>.

وذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الحق في الشفعة، يثبت إذا انتقل العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة. انتقالًا باتًا لازمًا. وبأخذه الشفيع بمثل ما أخذ به المشتري، من الثمن والمصاريف. فإذا لم ينتقل العقار المشفوع فيه، فلا موجب للشفعة لعدم وجود دخيل. وإن انتقل انتقالًا غير بات، كأن يبيعه يبعًا فاسدًا فلا شفعة فيه، إلا بعد أن يصير ملك المشتري فيه باتًا، لا يقبل النقض. لأنه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع. وكذلك إذا كان العقد مشتملاً على خيار شرط، فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير العقد باتًا.

وإذا انتقل العقار فقد ينتقل بعوض، وقد ينتقل بغير عوض .

فإن انتقل بغير عوض، فيما أنه لا ينتقل، الملك كالرهن والغارية. أو أنه لا يوجب العوض، مع انتقال الملك. كالوقف والوصية والميراث والصدقة وهبة غير الثواب<sup>(2)</sup>، فلا شفعة به. لأن ما لا ينتقل الملك، لا يستحق به نقل الملك، وما لا عوض فيه لا معوض فيه<sup>(3)</sup>.

وإن انتقل بعوض فقد يكون عوضه غير مال، وقد يكون عوضه مالا .

<sup>(1)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج-9، 88، 89 .

<sup>(2)</sup> على خلاف في هبة الثواب بين الفقهاء في ثبوت الشفعة فيها، سنوضحه فيما يأتي .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج-9، ص10. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج-14، ص306 .



فما كان عوضه غير مال، مثل أن يكون الشقص مهرا، أو بدل خلع، أو صلحا عن دم العمد، أو أجرة إجارة، أو أجرة طبيب أو محامي. فقد اختلف فيه الفقهاء على مذهبين.

فذهب الحنفية إلى أنه لاشفعة في هذه الأحوال. لأنه يشترط في عقد المعاوضة الذي ثبت به الشفعة عندهم، أن يكون عقد معاوضة مال بمال. ذلك أن الأخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري، صورة أو قيمة<sup>(1)</sup>. وقال المالكية والشافعية: يكفي أن يكون العقد عقد معاوضة،<sup>(2)</sup> سواء أكان عقد معاوضة بمال، أو بغير مال. فتثبت الشفعة بالمعاوضة على غير مال، لأن الغرض من الشفعة دفع ضرر الدخيل، وهذا متحقق في هذه الحالة. ولأنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبهه البيع. ويطلب الشفيع حينئذ بدفع قيمة البدل، كما لو باعه بعرض تجاري. فهذه الأعواض أموال متقومة، ويؤخذ الشيء بقيمته عند تعذر الأخذ بالمثل، فيدفع الشفيع مهر المثل وعوض الخلع.

وأما ما كان عوضه مالا كالبيع والصلح، فهذا فيه الشفعة بلا خلاف.

وخلاصة القول: فإن الشفعة حتى تثبت لصاحبها، يجب أن يكون العقار قد انتقل عن ملك صاحبه انتقالاتا، بائنا، لازما، بعوض، في عقد صحيح. فندرس هذه المسائل الثلاثة وهي: الأولى: أن يكون العقد صحيحا. الثانية: أن يكون العقد معاوضة. الثالثة: أن يخرج العقار عن ملك صاحبه خروجا بائنا.

وقد ينتقل العقار من مشتري لآخر، قبل أن يطلب الشفيع شفيعته. فإذا أراد الشفيع أن يطالب بالشفعة، فإلى أي مشتري يقدم طلبه؟ فهذه مسألة رابعة. وقد اشترط القانون لكي تنتقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين، أو الغير، أن يراعي المتعاقدين إجراءات مصلحة الشهر العقاري. فإذا لم يسجل أي من المشتري عقده في السجل العقاري بالمحافظة العقارية، فهل يجوز طلب أخذ الشفعة في البيع غير المسجل ولما تنتقل الملكية بعد؟ فهذه مسألة خامسة. فنبحث هذه المسائل الخمسة في خمسة مطالب.

المطلب الأول : أن يكون العقد صحيحا .

المطلب الثاني : أن يكون العقد معاوضة .

المطلب الثالث : أن يخرج العقار عن ملك صاحبه خروجا بائنا .

المطلب الرابع : الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع .

المطلب الخامس : الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل .

<sup>(1)</sup> الكاسابي، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص12.

<sup>(2)</sup> ابن جزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص189. - الشربيني، معني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص298.

## المطلب الأول : صحة العقد .

لكي تثبت الشفعة لابد أن يكون العقد صحيحا، فإن كان باطلا أو فاسدا، فلا شفعة فيه. وإذا تم العقد صحيحا، ثم طرأ ما جعل المتعاقدان يتقابلان فيما بينهما. فهل يجوز الأخذ بالشفعة في هذه الإقالة؟ وإذا علق البائع البيع على شرط، أو أضافه إلى زمن، فهل يعد هذا البيع صحيحا، فيؤخذ فيه بالشفعة؟ وعادة ما يقترن عقد البيع بدفع عربون، فهل يعتبر البيع المقترن بالعربون بيعا فاسدا، لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة؟ أم أنه بيع صحيح تثبت فيه الشفعة؟

تولى الإجابة على هذه الأسئلة في أربعة فروع تباعا. الأول: أن يكون العقد صحيحا. الثاني: الشفعة في الإقالة. الثالث: الشفعة في بيع العربون. الرابع: الشفعة في البيع المعلق والبيع المضاف والبيع المقيد.

## الفرع الأول : أن يكون العقد صحيحا .

لا تثبت الشفعة إلا في البيع الصحيح. ولكن إذا فسد البيع وفات فسخه، هل تثبت فيه الشفعة؟ وإذا بيع العقار المشفوع به، بيعا فاسدا، فلن تكون الشفعة؟ هذه نقاط ثلاثة اشتمل عليها هذا الفرع، نوضحها تباعا أولا: حتى تثبت الشفعة يجب أن يكون عقد البيع صحيحا، فإن كان باطلا أو فاسدا فلا شفعة فيه. ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته، فتكون صفقة الشفيع مثل صفقة المشتري. ولما كانت صفقة المشتري فاسدة، فكذلك تقع صفقة الشفيع فاسدة. وكما يجب على المشتري أن يرد صفقته على البائع لفسادها، كذلك يجب على الشفيع أن يرد صفقته على المشتري لفسادها أيضا.

ولما كان شرعا يجب تقض البيع الفاسد، ورد المبيع إلى مالكة للتخلص من الفساد، كان في إثبات حق الشفعة تقرير للفساد، وهذا لا يجوز. كما أن البيع الفاسد لا يزيل ملك البائع للمبيع، ولا ينقله للمشتري، والشفعة لا تثبت إلا بعد زوال ملك البائع<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا لو اشترى رجل دارا ببيع فاسد، وأخذ الشفيع تلك الدار بالشفعة، ثم علم بفساد البيع، ردت الدار إلى البائع. ولا يأخذها الشفيع ولا المشتري، لفساد البيع<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص13. - الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ج2، ص114.

ثانيا : ثبوت الشفعة في البيع الفاسد الذي فات فسخه<sup>(1)</sup> .

ولما كان شرعا يجب فسخ البيع الفاسد ، فهل تثبت الشفعة إن فات فسخ البيع الفاسد ، بتصريف المشتري فيه تصرفا صحيحا ، بالزيادة أو النقص فيه ؟

إذا فات فسخ البيع الفاسد بوجه من الوجوه المسقطه للفسخ كزيادة المبيع أو التصرف فيه . ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس للشفيع شفعة لأنه لما فسد العقد لم يصح تملكه ولو بالقبض . ولا التصرف فيه ، وإنما يجب رده ، فإن تصرف فيه بالبيع لم يصح لأنه بيع للملك الغير بغير إذنه<sup>(2)</sup> . وذهب المالكية والحنفية إلى أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة لزوال المانع من فسخ البيع . كما لو باع شخص دارا بشرط الخيار ، ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة ، لزوال المانع من ثبوت الحق ، فكذلك هذا<sup>(3)</sup> .

- ورغم اتفاق المالكية والحنفية على جواز أخذ الشفعة في البيع الفاسد الذي فات فسخه ، إلا أنهم اختلفوا في أي البيعين يأخذ الشفعة ، هل في البيع الفاسد أم في البيع الصحيح ؟ وهل يأخذ بالقيمة أو يأخذ بالثمن<sup>(4)</sup> ؟

قال الحنفية : إذا ما تصرف المشتري في العقار المشتري شراء فاسدا ، تصرفا صحيحا ، كأن باعه يباعا صحيحا ، فإن الشفيع يكون بالخيار ، إن شاء أخذ الشفعة بالبيع الفاسد ، وإن شاء أخذها بالبيع الصحيح . لأن

<sup>(1)</sup> قد يقول قائل : إن البيع الفاسد يجب شرعا فسخه ورد المبيع إلى صاحبه ، فكيف تثبت فيه الأخذ بالشفعة إذا فات فسخه ، بالزيادة أو النقص ، أو بالتصرف فيه ؟

والجواب على ذلك أن عقد البيع الفاسد على مقتضى الاجتهاد الحنفي ، هو عقد منعقد . وإن كان مستحقا للفسخ ، بإرادة الطرفين أو بإرادة القاضي .

فالبيع الفاسد يفقد قوته الإلزامية . فإذا ما طلب أحد الطرفين تنفيذه ، دافع الطرف الآخر عن نفسه بالفسخ . فإذا لم يطلب أحد الطرفين الفسخ ، حكم القاضي بفسخه من تلقا نفسه . حماية لنظام التعاقد ، الذي هو من النظام العام .

غير أن استحقاق البيع الفاسد للفسخ ، لا يتناقى مع ترتيب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده . ذلك أن ترتيب الأحكام هو نتيجة للانعقاد ، واستحقاق الفسخ هو نتيجة للفساد . وعليه فإن كانت الأحكام في العقد الصحيح ، تترتب بمجرد انعقاد العقد . فإنها في العقد الفاسد تتأخر عن ذلك ، فلا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب والقبول ، بل بالتسلم والقبض .

وعلى هذا فالبيع يباعا فاسدا ، تنتقل فيه الملكية بالقبض . ولكن هذه الملكية عرضة للانقضاء ، بفسخ البيع الفاسد . غير أنه إذا ما تصرف المشتري في هذا المبيع تصرفا صحيحا ، بالبيع أو الهبة أو الرهن ، فإنه يمتنع حينها فسخ البيع الأول الفاسد ، ويستقر الحكم الذي ثبت بالقبض . وعلته منع فسخ البيع الفاسد رغم فساده هو الحرص على استقرار التعامل ، وصيانة للمحقوق المكتسبة .

ويقول في هذا الباب الأستاذ شفيق شحاتة ما خلاصته " إن القول بانتقال الملك إلى المشتري في البيع الفاسد ، هو تصوير حنفي بحت . وهو جوهر نظرية الفساد . وإن انقضاء منها في الواقع هو حماية حقوق الغير ، فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه هذا الغير . وليس لمالك الشيء الذي حرج من ملكه بعقد فاسد أن يسترده ، إذا تداولته الأيدي ، إذ لو صح له ذلك ، لتزعزعت العلاقات التعاقدية . ذلك أن أسباب الفساد كثيرة ، وليس في الفقه الإسلامي طرق لشهر التصرفات ، فيبقى الغير جاهلا لعيوب ملكية من نقل إليه الملك . فإذا اشترى كان ملكه متقلقا . لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر . ذلك أنهم اعتبروا التصرف في العين يظهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف .

غير أن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد ، كيف يتيسر لشخص تملك أكثر مما يملك ؟

يظهر أن هذا الإشكال هو الذي دعا الفقهاء إلى تصور انتقال الملك إلى المشتري يقبض العين المبيعة في البيع الفاسد ، وأن له أن ينقل ملكيتها إلى غيره أو يرهنها . وعندئذ لا يستطيع المالك - أي البائع في البيع الفاسد - في هذه الحال أن يستردها من الغير ، بل له فقط مطالبة المشتري الأول بالعوض ، وهو قيمة الشيء المبيع " .

قاضي زاده ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 408 . - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 704 ، 705 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 287 ، 288 .

<sup>(3)</sup> ابن حزمي ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، ص 172 . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 13 . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 496 ، 497 .

<sup>(4)</sup> الفرق بين القيمة والثمن : إن الثمن هو ما اتفقا عليه المتعاقدان سواء زاد على قيمة الشيء أو نقص عنها . أما القيمة فهو ما قوم به الشيء ، أي أنه بميزة المعيار من غير زيادة ولا نقص . وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 426 .

حق الشفعة ثابت في كل من البيعين، لوجود سبب ثبوت الشفعة، وشراؤها . غير أنه إن أخذ بالبيع الصحيح أخذ بالثمن . وإن أخذ بالبيع الفاسد، أخذ بقيمة المبيع يوم القبض . لأن الشفع يملك بما يملك به المشتري . والمشتري الثاني يملك بالثمن، لأن البيع الصحيح يفيد الملك بالثمن . والمشتري الأول يملك المبيع بقيمته . لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن . وإنما تعتبر قيمته يوم القبض، لأن المبيع يباع فاسدا مضمون بالقبض كالمغصوب<sup>(1)</sup> .

واختلف الرأي عند الحنفية، في حالة فوات فسخ البيع الفاسد بالبناء عليه . فيرى أبو حنيفة أن للشفع حق الشفعة، لأن حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل، فزال المانع من وجوب الشفعة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: ليس للشفع شفعة، لأن حق البائع لم يبطل بالبناء، فكان المانع قائما . ولا يبطل حق الفسخ . بل للبائع أن ينقض البناء ويقطع الغرس . كما في الغصب، إذا بنى الغاصب على الأرض المغصوبة، لا يبطل حق المالك في الأرض<sup>(2)</sup> .

وفرق المالكية كما فرق الحنفية، بين حالة فوات فسخ البيع الفاسد بتصرف المشتري في العقار شراء فاسدا، بالبيع الصحيح . وبين حالة فواته، بالهدم والبناء .

فإذا فات فسخ البيع الفاسد بالبيع الصحيح حيث بيع العقار المشتري شراء فاسدا، يباع صحيحا، فللشفع أن يأخذ بالثمن الذي وقع به البيع الصحيح، وليس له أن يأخذ بالبيع الفاسد . حتى ولو أراد أن يأخذ الشفعة بالبيع الفاسد ويرضى به فليس له ذلك، وإنما له أن يأخذ بالبيع الصحيح وثمنه، أو يدع أخذ الشفعة<sup>(3)</sup> . وإن فات فسخ البيع الفاسد بهدم أو بناء أو غرس في العقار، كان على الشفع أن يأخذ الشفعة بما لزم المشتري من القيمة، يوم قبضه للعقار وتسلمه له، لأنه صار الآن يباع لا يقدر على رده . فإن كان المشتري أحدث في العقار بناء، لم يأخذ الشفع حتى يدفع إليه قيمة ما أنفق في البناء، مع القيمة التي وجبت للبائع على المشتري . وإن أهدم جزء من العقار لم ينقص للشفع من قيمة العقار، وقيل له أخذ بقيمته التي وجبت على المشتري أو دع<sup>(4)</sup> .

ثالثا : لمن تكون الشفعة ؟ إذا بيع العقار المشفوع به يباع فاسدا .

رأينا أن الملك في البيع الفاسد ينتقل إلى المشتري بقبض العين المبيعة . فإذا وقع بيع بجوار العين المبيعة يباع فاسدا، فهل يستطيع المشتري أن يشفع بالعقار الذي قبضه في البيع الفاسد ؟ أم أن الشفعة تكون للبائع ؟ وإذا استرد البائع العقار المبيع يباع فاسدا، فلن تكون الشفعة هل للبائع المسترد ؟ أم للمشتري المسترد منه ؟

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص13 .

<sup>(2)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص161 . الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص13 .

<sup>(3)</sup> الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص171 . سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص417 .

<sup>(4)</sup> الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص171 . سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص444 .

إذا بيعت دار بجنب الدار المبيعة بيعا فاسدا، فإن الشفعة تكون للبائع. إذا كانت الدار لاتزال في يده. ولم يسلمها بعد للمشتري لبقاء ملكه. لأن البيع الفاسد لا يزيل الملك ولا ينقله للمشتري. أما إذا سلم الدار للمشتري فإن الشفعة تكون للمشتري، لأن الملك يثبت في البيع الفاسد بالقبض .

فإذا طلب البائع الشفعة، ثم سلم الدار المبيعة بيعا فاسدا للمشتري، قبل الحكم له بالشفعة بطلت شفעתه لزوال ما كان يستحق به الشفعة. وكأنه بعدما طلب الشفعة باع العقار المشفوع به. أما إذا سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري بعد الحكم بالشفعة، فإن حقه في الشفعة يثبت. لأنه ليس من شرط الشفعة بقاء العقار المشفوع به في ملك الشفيع بعد الحكم بالشفعة .

وإذا استرد البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري، قبل الحكم بالشفعة للمشتري بطلت شفעתه لانقطاع ملكه عما استحق به الشفعة قبل الحكم بها، ولا تثبت الشفعة للبائع المسترد، لأنه لم يكن وقت بيع العقار المشفوع فيه جاريا. أما إن استرد البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري، بعد الحكم بالشفعة للمشتري ثبتت ملكية المشتري في العقار المشفوع فيه. لأنه لا يشترط بقاء العقار المشفوع به في ملك الشفيع بعد الحكم له بالشفعة<sup>(1)</sup> .

## الفرع الثاني : الشفعة في الإقالة .

إذا وقع عقد البيع صحيحا، ثم أراد المتعاقدان الرجوع في عقد البيع، فهل تصرفهما هذا يعد بيعا جديدا فتثبت فيه الشفعة، أم أنه رفع للعقد السابق فلا شفعة فيه ؟ تعالج هذه المسألة في بدين اثنين، نعرض في الأول لوجهة نظر القانون، ونعرض في الثاني لوجهة نظر الفقه الإسلامي .

### البند الأول : وجهة نظر القانون المدني.

إذا أقال البائع المشتري فهل يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في هذه الإقالة ؟ الجواب على هذا السؤال يقوم على جواب سؤال آخر. وهو هل الإقالة فسخ أم بيع جديد ؟ كما أننا نميز بين حالتين، حالة ما إذا طلب الشفيع الشفعة بعد الإقالة، وحالة ما إذا طلب الشفيع الشفعة قبل الإقالة .

الحالة الأولى : إذا طلب الشفيع الشفعة بعد الإقالة، فإن اعتبرنا الإقالة فسخا للبيع القائم، لإنشاء لعقد جديد، فإن البيع القائم يزول، ويعتبر كأن لم يكن . وعلى هذا لا يستطيع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة، لأن البيع الذي يريد الأخذ فيه بالشفعة لا أثر له، فلا يبقى محل لطلب الشفعة. لأن من شرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها، وأن يبقى قائما عند طلبها<sup>(2)</sup> .

<sup>(1)</sup> أكمل الدين محمد بن محمود البارقي، شرح العناية على الهداية، ج9، ص410، مطبوع في أسفل كتاب نتائج الأفكار، لقاضي زاده، المرجع السابق .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص505 .

أما إذا قلنا بالرأي الآخر الذي يعتبر الإقالة إلغاء للعقد القائم، وإنشاء لعقد جديد . فيكون حينها عندنا عقد بيع أول من البائع إلى المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . ففي هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في البيع الأول، لأنه زال بالإقالة . ولكنه يستطيع أن يطلبها في البيع الثاني وطبقا لمواعيد هذا البيع<sup>(1)</sup> .

الحالة الثانية : وإذا طلب الشفيع الشفعة قبل الإقالة، فإن حقه في طلب الشفعة ثابت، ولا تسقطه الإقالة . سواء اعتبرنا الإقالة فسخا للبيع القائم، أم اعتبرناها إنشاء لعقد جديد .

فإن كانت الإقالة فسخا لم تسقط الشفعة، لأن الفسخ يكون بتراضي الطرفين، ولا يملك هذان المتعاقدان إسقاط الشفعة بتراضيهما . أما إن كان الفسخ بحكم القضاء، كأن أخل المشتري بالتزاماته فحكم للبائع بالفسخ . فإن الفسخ هنا بما له من قوة القضاء، يجعل البيع غير موجود منذ البداية، فتسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع .

وإن كانت الإقالة بيعا جديدا أعقب البيع الأول، فإن الشفيع قد طلب الشفعة في البيع الأول، فلا يسقط حقه بالبيع الثاني . وإنما يسقط هذا الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثاني . فيتعين عليه في هذه الحالة أن يطلب الشفعة في البيع الثاني، لا في البيع الأول، كما هو صريح المادة 797 من القانون المدني الجزائري، والمادة 938 من القانون المدني المصري<sup>(2)</sup> .

## البند الثاني : رأي الفقه الإسلامي .

اختلف الفقهاء المسلمين في ماهية الإقالة، وحكم ثبوت الشفعة فيها، وإليك توضيح هذين النقطتين .

### أولا : ماهية الإقالة .

ذهب المالكية والظاهرية وأبو يوسف من الحنفية إلى أن الإقالة بيع ثان . لأن المبيع رجع إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه، فهي إذن تم بتراضي الطرفين، ويجوز فيها ما يجوز في البيع، ويحرم فيها ما يحرم في البيع<sup>(3)</sup> . وذهب الشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> ومحمد من الحنفية<sup>(6)</sup> إلى أن الإقالة فسخ . وقال أبو حنيفة : الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث سواء قبل القبض أو بعده . وعلى هذا فمن اشتري دارا ولها شفيع فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع، ثم أقال العاقدان البيع، فيثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانيا . لأن الإقالة عقد جديد في حقه وهو المراد بالشخص الثالث هنا .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص506 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص507 .

<sup>(3)</sup> ابن جزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص179 . - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص5 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص14 .

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4، ص225 .

<sup>(6)</sup> عبد الغني الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص32 .

## ثانيا : آراء الفقهاء في ثبوت الشفعة في الإقالة .

وقبل بيان آراء الفقهاء في جواز ثبوت الشفعة في الإقالة، نقرر أولا أن الإقالة لا تسقط الشفعة. لأن حق الشفع قد وجب في الشقص المشتري، وللشفيع الخيار في أخذ الشفعة أو تركها له، وليس للمشتري والبائع أن يسقطا حقه بالإقالة أو غيرها. ولذا قال ابن الماجشون من المالكية: "إن رأى الشفع أن الإقالة لقطع الشفعة، كانت الإقالة باطلة وللشفيع الشفعة"<sup>(1)</sup>. وقال الماوردي: "إذا تباع الرجلان شقصا، فعفا الشفع عن شفته، فلا شفعة في فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست باستئناف عقد. ولو لم يكن الشفع قد عفا حتى تقايلا كان للشفع إبطال الإقالة، لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة، ثم يأخذ الشقص بشفعة البيع"<sup>(2)</sup>.

وبناء على اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة هل هي فسخ أو بيع جديد، اختلفوا في ثبوت الشفعة فيها. فعلى رأي الشافعية والحنابلة الذين اعتبروا الإقالة فسخا، فلا شفعة فيها. لأنها رفع للعقد وإزالة له وليست بمعاوضة فأشبهت سائر الفسوخ. ولأنه لا يثبت فيها خيار ولا يجوز فيها زيادة الثمن أو نقصه<sup>(3)</sup>.

وعلى رأي من اعتبر الإقالة بيع فإنه يجوز الأخذ فيها بالشفعة. وكذلك على رأي أبي حنيفة الذي اعتبر الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث، فإن له حق طلب الشفعة لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث<sup>(4)</sup>.

أما المالكية فرغم تكييفهم للإقالة على أنها بيع، إلا أنهم في باب الشفعة اعتبروها لغوا. فلا هي بيع، ولا هي نقض بيع. جاء في المدونة: "ولو اشترى منه شقصا من دار ثم أقاله، كانت الشفعة للشفع، وكانت الإقالة باطلة، إلا أن يسلم الشفع الشفعة فتكون الإقالة جائزة. ولا تكون الإقالة بيعا من البيوع فيكون للشفع أن يأخذ بعهد الإقالة. قال: ليست الإقالة في هذا الموضع في قول مالك بيعا من البيوع. قيل: فالإقالة عند مالك بيع من البيوع. قال: نعم الإقالة عند مالك بيع من البيوع حادث إلا أن مالكا قال لي في الإقالة في الشفعة ما أخبرتك"<sup>(5)</sup>.

قال الخرخشي: "لو تقايلا البائع والمشتري من السلعة التي فيها الشفعة، فإن الشفع يكتب عهده على المشتري، لأن الإقالة في باب الشفعة لغو فليست بيعا، وليست نقضا. وكون الشفع يكتب عهده على المشتري لا يبنى على أن الإقالة ابتداء بيع، وإلا لكان له الأخذ بأي بيع شاء ويكتب عهده على من أخذ بيعه ولاعلى أنها نقض للبيع وإلا لم تكن شفعة إذ كأنه لم يحصل بيع"<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى المرجع السابق، ج6، ص214.

<sup>(2)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص36.

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4، ص226 - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص377.

<sup>(4)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص411.

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص411.

<sup>(6)</sup> الخرخشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص177.

غير أن مالكا حين لم يعد بالإقالة في باب الشفعة واعتبرها لغوا، إنما كان ذلك منه من باب سد الذريعة على المتعاقدين كي لا يسقطا شفعة الشفيع. ولذا لما تأكد من عدم قيام شبهة اتهام المتعاقدين على إسقاط شفعة الشفيع، قال: "ولو سلم الشفيع الشفعة فإن الإقالة تكون جائزة" وهذا ما يؤكد أن الإقالة بيع ابتداء. وليست لغوا ولا تقضا للبيع، وإلا لم يكن للشريك شفعة أصلا، لأن البيع يكون كأنه لم يقع<sup>(1)</sup>.

وترتيبا على ما سبق قال المالكية: إذا كانت الإقالة بعد تسليم الشفعة فهي بيع قطعا. فكان للشفيع أن يأخذ بالشفعة رغم أنه سلمها قبل الإقالة، فهو كمن باع شريكه فسلم الشفعة، ثم باع المشتري فإن له أن يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشفيع إذا سلم شفعته للمشتري فلا يلزم عن ذلك إسقاطها عن البائع. لأنه لما أسقط الأخذ عن المشتري صار شريكا، فلما أقال المشتري البائع فله الأخذ منه بالشفعة لأنه تجدد ملكه. وهذا إذا وقعت الإقالة على الثمن الأول، فإن وقعت الإقالة بزيادة أو نقص ولم يحصل من الشفيع تسليم للمشتري، فإنه يأخذ الشفعة بأي البيعين شاء، لأن الإقالة بزيادة أو نقص بيع قطعا.

وأما إذا كانت الإقالة قبل تسليم الشفعة، فإن حق الشفيع في طلب الشفعة قائم، ولا تؤثر عليه الإقالة سواء اعتبرناها تقضا للبيع أم بيعا جديدا<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول في مسألة الإقالة أن هناك اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، في ماهية الإقالة وتكييفها، وفي ثبوت الشفعة فيها. فكما في الفقه الإسلامي هناك رأيان في تكييفها، أحدهما يعتبرها فسخا للبيع القائم، والآخر يعتبرها إنشاء لبيع جديد، كذلك الشأن في القانون المدني. والأمر نفسه في ثبوت الشفعة، فمن اعتبرها بيعا جديدا قال بثبوت الشفعة فيها، ومن اعتبرها فسخا للبيع القائم لم يثبت فيها الشفعة.

### الفرع الثالث: الشفعة في بيع العربون<sup>(3)</sup>.

عادة ما يقترن البيع في معاملات الناس بدفع العربون، فهل يعتبر دفع العربون دلالة على أن البيع صحيح ويات نهائي؟ ومن ثم يجوز الأخذ فيه بالشفعة، أم يعتبر دفع العربون دلالة على جواز العدول في البيع؟ ومن ثم يعتبر عقد البيع الذي أبرم غير بات ولا نهائي، بل هو مجرد مشروع بيع. وعليه فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة. الإجابة على هذا السؤال تكون في بندين اثنين. نبين في الأول وجهة نظر القانون، ونبين في الثاني وجهة نظر الفقه الإسلامي.

<sup>(1)</sup> الشيخ محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص230. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص491.

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى المرجع السابق، ج6، ص214.

<sup>(3)</sup> في العربون عدة لغات أفصحها عربون، عربون، عربان، وهو أعجمي معرب وهو ما عقد به البيعة من الثمن. وأصله في اللغة التسليف والتقصيد. ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج9، ص117، مادة عرب.



## البند الأول : وجهة نظر القانون المدني.

يقول الأستاذ السنهوري :- في معرض بيان دلالة العيوب هل هي لجواز العدول أم دلالة على البت - لقد اتسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين، فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت، وغني عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس<sup>(1)</sup>.

وقد أخذ القانون المدني المصري بدلالة جواز العدول، وتبعه في ذلك القانون الليبي والسوري، وخالف القانون العراقي وأخذ بدلالة البت. وقد جاء في المادة 1/103 مدني مصري " دفع العيوب وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذ قضى الاتفاق بغير ذلك ...

وعليه فإذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العيوب هو تأكيد للعقد، لم يعد لأحد منهما الحق في العدول، وكان العقد الابتدائي ملزماً وجاز الأخذ فيه بالشفعة<sup>(2)</sup>. أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العيوب هو تأكيد للعقد، كانت دلالة العيوب هي أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق في العدول عن البيع، في نظير أن يدفع قيمت العيوب للطرف الآخر. وقد وقع اختلاف بين رجال الفقه في التكييف القانوني للعيوب، فقال بعضهم: إنه بيع معلق على شرط فاسخ فينفذ البيع في الحال، ويجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العيوب. وقال بعضهم: إنه بيع معلق على شرط واقف، فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه. وكيفية العميد السنهوري، بأنه مقابل الرجوع في البيع، فيكون هو البديل في التزام بدلي، ويكون المدين بائعاً كان أو مشتري، ملتزماً بالالتزام الوارد في البيع، وتبراً ذمته إذا هو أدى العيوب<sup>(3)</sup>.

ومهما كان التكييف الذي قيل في العيوب فإنه في جميع الأحوال، لا يمنع عقد البيع من أن يوجد، وإن كان وجوده مقترناً بجواز العدول عنه، وما دام البيع موجوداً فإنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة.

أما القانون المدني الجزائري فقد خلا من النص على العيوب، ومهما كان سبب عدم النص على ذلك، فإن القاضي يطبق أحكام الفقه الإسلامي، التي سنعرض لها في البند الثاني من هذا الفرع. وذلك بمقتضى حكم الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني والتي تنص على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...

## البند الثاني : رأي الفقه الإسلامي .

بيع العيوب في الفقه الإسلامي غير متفق عليه بين الفقهاء، فجمهورهم من المالكية والحنفية والشافعية يرون أن بيع العيوب باطل، أو هو فاسد باصطلاح الحنفية. ويرى أحمد بن حنبل وابن سيرين أن بيع العيوب جائز<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، ص259.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص503.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص90، 91. وج9، ص503.

<sup>(4)</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص150، دار إحياء التراث العربي، طعة 1965.

وخلاصة ما نستخلصه من كلام الفقهاء أن هناك صورتان لبيع العربون أحدهما البيع فيها صحيح، والثانية البيع فيها باطل .

الصورة الأولى : وهي ما إذا اشترى المشتري شيئاً وقدم عربوناً على أنه إن أخذ السلعة حسبه من الثمن، وإن لم يأخذ السلعة رده البائع. في هذه الصورة يكون العربون جزءاً معجلاً من الثمن إذا اختار المشتري إبرام عقد البيع. أما إذا لم يتم عقد البيع فإن العربون يكون في يد البائع بدون سبب فيجب رده إلى المشتري. هذه الصورة أجازها الجمهور من الفقهاء، وقالوا إنها بيع صحيح لاغرر فيه. قال ابن جزى: " النوع الثالث من البيوعات الفاسدة، بيع العريان، وهو ممنوع إذا كان على أن لا يرد البائع العريان إلى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما، فإن كان على أن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز...<sup>(1)</sup> .

وقال الخرشى: " وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع العريان، وهو أن يشتري سلعة بثمن، على أن المشتري يعطي البائع أو غيره شيئاً من الثمن، على أن المشتري إن كره البيع لم يعد إليه ما دفعه وإن أحب البيع حاسبه من الثمن. لأنه من أكل أموال الناس بالباطل وغرر... وقال العدوي على حاشية الخرشى: " وإن أعطاه على أنه إن كره البيع أخذه، وإن رضيه حاسبه به من الثمن فلا بأس...<sup>(2)</sup> . وما أن هذه الصورة من بيع العربون صحيحة وجائزة، وعقد البيع فيها صحيح. فإنه يجوز الأخذ فيها بالشفعة .

الصورة الثانية : وهي ما إذا اشترى شيئاً وأعطى عربوناً على أنه إن اختار البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإن لم يختار البيع بقي العربون حقاً للبائع، ولم يرده للمشتري . اختلف الفقهاء في هذه الصورة على مذهبين .

فيرى الجمهور منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي أن هذا البيع باطل لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - "عن بيع العريان"<sup>(3)</sup> ولأن جواز العدول عن البيع بمقابل كان معتبراً منذ البداية، وهذا احتمال يدخل في العقد الغرر فيفسده. ولأن العربون اشترط بغير عوض، وهذا شرط فاسد . ولأنه بمنزلة الخيار المجهول إذا اشترط المشتري خيار الرجوع في البيع من غير ذكر المدة .

بل إن الظاهر من نصوص الفقهاء أنه حتى في حالة اختيار المشتري البيع، وأراد حساب العربون من الثمن، فإن البيع يبقى باطلاً . وينسخ ويكون على البائع أن يرد الثمن وما اشتمل عليه من عربون، وعلى المشتري أن يرد المبيع . وهناك رأي ثان قال به ابن عمر وجماعة من التابعين أنه في حالة اختيار المشتري البيع، فإنه يكون صحيحاً ويحسب العربون من الثمن<sup>(4)</sup> .

<sup>(1)</sup> ابن جزى، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص 171 .

<sup>(2)</sup> الخرشى على مختصر خليل، وحاشية العدوي عليه، المرجع السابق، ج 5، ص 78 .

<sup>(3)</sup> حديث منقطع رواه أحمد والنسائي وأبو داود ومالك في الموطأ. وفيه راوي لم يسم، وسمي في رواية أخرى، فهو حديث ضعيف، وفيه ضرف لا تخلو من مقال. وهو مروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. الموطأ، المرجع السابق، ص 510. - الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 5، ص 250. وقال الشوكاني: "العلة في النهي اشتماله على شرطين فاسدين أحدهما شرط كون ما دفع إليه يكون مجاناً إن اختار ترك السلعة. والثاني شرط الرد على البائع إذا لم يقع منه الرضا بالبيع" نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 5، ص 251 .

<sup>(4)</sup> الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج 3، ص 33 .

وخالف الحنابلة الجمهور، وقالوا بجواز أخذ العربون. وضعف أحمد الحديث المروي في النهي عن بيع العربان. وقالوا إن المشتري فوت فرصة البيع على البائع. كما قاسوا العربون على صورة متفق عليها وهي حالة ما إذا كره المشتري السلعة، ووقع تقايل، رد المشتري السلعة، ومعها شيء في مقابل ذلك. قال أحمد: هذا في معناه<sup>(1)</sup>.

ولما كان البيع المقترن بالعربون على رأي الحنابلة بيعا صحيحا، وهو الذي يترجح لدي. فإنه يجوز الأخذ في هذا البيع بالشفعة.

## الفرع الرابع: البيع المعلق والبيع المضاف والبيع المقيد.

رأينا في أول المطلب أن الشفعة تثبت في عقد البيع الصحيح. فهل إذا علق الطرفان إنشاء عقد البيع على شرط معين، يعد هذا بيعا صحيحا يجوز الأخذ فيه بالشفعة؟ نوضح هذه المسألة في بندين اثنين، الأول في البيع المقيد والمعلق والمضاف، كما هو تقسيم الفقه الإسلامي. والثاني: في البيع المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ كما هو تقسيم القانون المدني.

### البند الأول: البيع المعلق والمقيد والمضاف<sup>(2)</sup>.

- البيع المعلق لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة، لأنه بيع باطل لا وجود له. وذلك كقول القائل بعثك حصتي من هذه الدار إن رضي شريكى، فالمتبايعان في هذا العقد غير معترمين بتجيز العقد، وإنما علق وجوده وربطاه برضا الشريك الذي يمكن أن يرضى وأن لا يرضى. فالبيع في هذه الحال تحت احتمال الوجود والعدم، ولما كان البيع تحت هذا الاحتمال فهو بيع باطل لأن العقد المعلق بالشرط مهما كان نوعه هو عدم قبل وقوع الشرط المعلق عليه<sup>(3)</sup>.

- البيع المضاف أيضا لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة، لأنه بيع باطل. وذلك كقول البائع للمشتري بعثك هذه الدار من أول الشهر القادم قبل المشتري. فالطرفان في هذا العقد يكونان قد أخرا سريان حكم البيع وأضافاه إلى المستقبل، ولولا هذا القيد والشرط لبدأ حكم البيع على الفور، وثبتت حقوق كل منهما فور العقد. وعليه فإن هذا البيع باطل سواء جاء الزمن المضاف أو لم يأت.

- أما البيع المقيد فإنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة، لأنه بيع منجز مبرم. وذلك كقول البائع بعثك هذه الدار على شرط أن أسكنها شهرا. فالطرفان في هذا البيع قد اعتزما تجيز البيع، وإنما أرادا تعديل آثاره بقيد قيده، يحفظ للبائع حقا في منافع هذه الدار مدة شهر، بعد خروجها من ملكه. فقد كان مقتضى هذا البيع لولا هذا

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 4، ص 289.

<sup>(2)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج 1، ص 507، 509. - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص 461.

<sup>(3)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج 1، ص 508.

الشرط هو أن تنتقل ملكية الدار فوراً للمشتري، ولا يكون للبايع حق في شيء منها أو في منافعها. فالبيع المقيد بيع منجز مبرم، وإنما عدلت آثاره الأصلية بإيجاب التزامات لم تكن لتجب، لو صدر العقد مطلقاً عن الشرط.

وخلاصة القول: فإن البيع المعلق والبيع المضاف كلاهما عقد باطل. ومن ثم فلا يجوز الأخذ فيهما بالشفعة، حتى ولو جاء الشرط المعلق، أو الزمن المضاف. بخلاف البيع المقيد فهو بيع منجز مبرم، ومن ثم جاز الأخذ فيه بالشفعة.

والفرق بين التقييد والتعليق، هو أن العقد المعلق بالشرط مهما كان نوعه فهو عدم قبل وقوع الشرط المعلق عليه، بخلاف التقييد فهو موجود وإنما عدلت آثاره فقط. وبتعبير الفقهاء فالتعليق، هو ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد. أما التقييد فهو التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد<sup>(1)</sup>.

وعلة فساد أو بطلان البيع المعلق والمضاف، هو ما اشتملا عليه من الغرر،<sup>(2)</sup> إذ لا يعلم العاقدان في البيع المعلق هل يحصل الأمر المعلق عليه أو لا يحصل. وفي البيع المضاف لا يعلم العاقدان أيضاً كيف يكون المبيع في المستقبل، هل يرضيان به، أولاً. وكيف تكون مصلحتهما فيه عند ترتيب أثر البيع عليه. ولذا قال القرافي: "واتقال الأملك يعتمد الرضى، والرضى إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق"<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني: البيع المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ.

يجوز الأخذ بالشفعة في البيع المعلق على شرط واقف أو شرط فاسخ لأن البيع في الحالتين موجود، وإن كان وجوده على شرط الزوال.

- فالبيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع فيه نافذاً من وقت إبرامه. وعلى الشفيع أن يراعي مواعيد الشفعة، وتسري هذه المواعيد من وقت إبرام العقد. فإذا أخذ بالشفعة في مواعيدها حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط فاسخ، فإذا ما تخلف الشرط صار البيع بائناً، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعي.

وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد، فإن حقه في الشفعة يسقط. ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ، وأصبح البيع بائناً، أن يأخذ بالشفعة في مواعيد جديدة، يحسبها من وقت تخلف الشرط<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص504، 506.

<sup>(2)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص266.

<sup>(3)</sup> الفروق، القرافي، المرجع السابق، ج1، ص229، الفرق45.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص503، 504.

- والبيع المعلق على شرط واقف يجوز أيضا الأخذ فيه بالشفعة. كما لو اشترى دارا وعلق المشتري دفع الثمن. على شرط أن يسكن فيها مدة شهر، ليرى مدى صلاحية هذه الدار للسكنى<sup>(1)</sup>. فهذا البيع بيع موجود ولكنه غير نافذ، ولما كان موجودا جاز الأخذ فيه بالشفعة. وإذا أخذ الشفيع بالشفعة فإن المواعيد تحسب من وقت إبرام العقد، لامن وقت تحقق الشرط. فإذا أخذ الشفيع بالشفعة في مواعيدها، حل محل المشتري في البيع المعلق على شرط واقف. فإذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعي ونفذت معه الشفعة. وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي.

وإن فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام عقد البيع، فإن حقه في الشفعة يسقط، ولم يجز له إذا تحقق الشرط الواقف ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة في مواعيد يحسبها من وقت تحقق الشرط<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني : أن يكون العقد معاوضة .

اتفق جميع الفقهاء على أن الشفعة تجب في عقد البيع، وهذا ما جاء به الحديث حيث قال - صلى الله عليه وسلم - " فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به". وهذا ما جعل ابن حزم يقصر الشفعة على البيع فقط، وقوفا عند ظاهر اللفظ كما هو مذهبه .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشفعة تثبت في البيع، أو ما في معنى البيع من عقود المعاوضات. وعقود المعاوضات قسمان، معاوضات مالية وهذه فيها الشفعة بلا خلاف. ومعاوضات غير مالية وفي ثبوت الشفعة فيها خلاف بين الفقهاء . ونوضح هذا المطلب في فرعين اثنين. الأول: في المعاوضات المالية. والثاني: في المعاوضات غير المالية .

## الفرع الأول : المعاوضات المالية .

العقد الذي تثبت فيه الشفعة هو البيع. فإن كان غير بيع كشركة أو مقايضة أو قسمة أو وفاء بمقابل فلا شفعة فيه. وقال الجمهور من الفقهاء إن البيع الوارد في الحديث، هو عنوان على عقود المعاوضات المالية. ومن ثم فإن الشفعة تثبت في الهبة والصلح والإجارة. فنناول هذا الفرع في بندين اثنين. الأول: الشركة والمقايضة والوفاء بمقابل والقسمة. والثاني: تناول فيه الهبة والإجارة والصلح والوعد بجائزة .

<sup>(1)</sup> البيع بشرط التجربة بيع موقوف كما هو صريح المادة 2/355 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه "يعتبر البيع على شرط التجربة يباع موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ". فالأصل أن البيع بشرط التجربة بيع واقف إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن المتعاقدان قصد أن يكون شرطا فاسحا. فالمشتري يكون مالكا تحت شرط واقف، والبائع يكون مالكا تحت شرط فاسخ .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص505 .

## البند الأول : الشركة والمقايضة والوفاء بمقابل والقسمة .

يتفق القانون المدني الوضعي مع الفقه الإسلامي أنه لاشفعة في هذه التصرفات . فلا يجوز الأخذ بالشفعة في الشركة إذا كانت حصة الشريك في الشركة عقارا، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاهما الشفيع قيمته . لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات، وقد لا ترضى بقيمته، إذ قد يخجل ذلك بغرضها من تملك العقار . وإذا اندمجت شركة في أخرى فإن كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى، وكان في هذه الأموال عقارات جاز أخذها بالشفعة . أما إذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى، كان البيع واقعا على أسهم وهي منقولات، فلا شفعة فيها<sup>(1)</sup> .

- والمقايضة لا يجوز أيضا الأخذ فيها بالشفعة . إلا إذا كانت حقيقتها بيع استترى في صورة مقايضة . فحينها يجوز الأخذ بالشفعة على أساس البيع، لا المقايضة .

- ولا يجوز الأخذ بالشفعة أيضا في الوفاء بمقابل . إذا أعطى المدين الدائن عقارا، في مقابل الدين . ذلك أن الوفاء بمقابل فيه معنى استقاء الدين . وقد لا يرضى الدائن إلا بالعقار ذاته، في مقابل الوفاء بهذا الدين<sup>(2)</sup> .

- ولا تثبت الشفعة في القسمة لأن الشفعة تثبت في المبادلة المحضة، والقسمة فيها معنى الإفراز وتمييز أحد النصيين من الآخر، وليست مبادلة . ولهذا يجري فيها الجبر وتلزم بإخراج القرعة<sup>(3)</sup> .

جاء في الفتاوي الهندية<sup>(4)</sup> : وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة سواء كانت القسمة بقضاء القاضي أو بغير قضائه<sup>(5)</sup> . بل إن الجوار الذي حصل بسبب القسمة لا تثبت فيه الشفعة، لأن هذا الجوار حصل بالقسمة بعد الإفراز الذي زال به ملك كل واحد من المتقاسمين، عن الجزء الشائع في حصة الآخر . ثم إن سبب استحقاق الشفعة إن لم يكن مقدما على زوال ملك المالك، فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا، حيث حصل الجوار بعد الإفراز<sup>(6)</sup> .

ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في عدم ثبوت الشفعة في القسمة . رغم أن لها طبيعة مزدوجة، فهي ناقله وكاشفة في وقت واحد . وإن كان يغلب عليها من الناحية العملية، طبيعتها الكاشفة، ولهذا السبب فلا شفعة فيها<sup>(6)</sup>

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، 497 - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص447 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص498 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج11، ص491 .

<sup>(4)</sup> الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، المرجع السابق، ج5، ص164 .

<sup>(5)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص411 .

<sup>(6)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج8، 949 .

## البند الثاني : الهبة والصلح والإجارة والوعد بجائزة .

### أولا : الهبة (1) .

قسم الفقه الإسلامي الهبة إلى قسمين، هبة ثواب أي بعوض، وهبة بغير ثواب أي بدون عوض، ففي أي منهما تثبت الشفعة ؟ وما هو رأي القانون المدني في ذلك ؟ هذه ثلاثة نقاط نوضحها تباعا .

1 - أما هبة غير الثواب : فهي كالصدقة والظاهر من أقوال الفقهاء أنه لا شفعة فيها . واختلف الرأي عند المالكية<sup>(2)</sup> ولهم فيها روايتان . الأولى : وجوب الشفعة . لأنه انتقال ملك حال الحياة فلم يمنع الشفعة فيه كهبة الثواب . والرواية الثانية : لا شفعة فيها . لأنه انتقال بغير عوض فلم تثبت فيه الشفعة كالتوارث . وهذا هو الراجح والصحيح .

2 - أما هبة الثواب : فقد اتفق جميع الفقهاء على أن الشفعة ثابتة فيها، قياسا على البيع بجامع المعاوضة بينهما . ولأنه لا ضرر على الموهوب، لأن الشفيع يعطيه القيمة فيندفع الضرر<sup>(3)</sup> .

واشترط الحنفية حتى تجب الشفعة في هبة الثواب أن يتم التقابض . قبض العوض وقبض العقار . لأن الهبة لا تثبت إلا بالتقبض . وعند زفر يكتفي بوجود العقد لثبوت الهبة . فإذا قبض أحدهما دون الآخر، فلا شفعة عند أبي حنيفة وصاحبيه، لأن الهبة عندهم تبرع ابتداء، ومعاوضة انتهاء . وعند زفر تجب الشفعة، لأن الهبة عنده معاوضة ابتداء وانتهاء<sup>(4)</sup> .

وقال المالكية : لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضى به ويعرف . قال مالك : " من وهب هبة رجاء الثواب لم يكن للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا بعد الثواب"<sup>(5)</sup> ذلك أن الموهوب له، له الخيار إن شاء تمسك بالهبة وإن شاء ردها على واهبها، فهي غير لازمة له . هذا إن كان الثواب غير معين، فإن كان معيناً فإنه لا يشترط دفعه بل للشفيع أن يأخذه بالشفعة قبل دفعه . لأنه حينئذ كالتأمين المعين يأخذه الشفيع بقيمة الثواب إن كان مقوماً، ومثله إن كان مثليا<sup>(6)</sup> . جاء في المدونة : " رأيت إن كانت الدار في يدي الواهب لم يدفعها بعد، أيكون

<sup>(1)</sup> في هذا المقام ترد عدة كلمات معانيها متقاربة وهي : الهبة، والهدية، والصدقة، والعطية، والإباحة .

أ - الهدية : هي المال الذي أرسل لآخر إكراماً له وتودداً . ب - الصدقة : هي المال الذي يعطى للمحتاج بقصد التقرب إلى الله تعالى . ج - العطية : الهبة في مرض الموت . د - الإباحة : هي إعطاء الرخصة والإذن أن يأكل أو يتناول بلا عوض . هـ - الهبة : هي منحة مال لآخر لأغراض متنوعة . وعرفها الفقهاء بأنها : " عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً " . والأصل في الهبة أن تكون بلا عوض ولكن يمكن أن تكون بعوض، فيحوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين، ويعتبر هذا التزاماً بعوض . كأن يقول للواهب وهبتك هذا الكتاب على أن تحمي هذا القلم . فاهبة إذن نوعان : هبة بلا عوض وتسمى هبة التردد، وهي تبرع محض، وهي المرادة عند الإطلاق . وهبة بعوض، وتسمى هبة التردد . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص5، 6 .

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص206 .

<sup>(3)</sup> القراني، الذخيرة، المرجع السابق، ج7، ص308 .

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص11 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص160 .

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص439 .

<sup>(6)</sup> الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص170 . - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص206 .

للشفيع أن يأخذها بالشفعة ؟ . قال : إن كان وهب الدار على عوض قد سماه، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة ذلك العوض، إن كان عرضا أو كان دنائير أو دراهم أو ورقا أو ذهباً أخذها بذلك . وإن كان اشتراه بجنطة أو شعير أو زيت أو ما يشبه هذا من الطعام أو الأدام، أخذه بمثل ذلك مثل صنفه . قبض الموهوب له هبة أو لم يقبض، لأن هذا بيع<sup>(1)</sup> .

- ولم يشترط الحنابلة والشافعية شيئا من ذلك، فلم يشترطوا لا التقابض ولا دفع الثواب<sup>(2)</sup> .

- ويبدو لي أن ما ذهب إليه المالكية والحنفية هو الراجح . لأن هبة الثواب وإن كان فيها العوض، إلا أنها تبقى قائمة على فكرة التبرع، فلا تتم إلا بالقبض . أما قبل القبض فإن للواهب أن يرجع في هبته . ثم إن تحول الهبة من التبرع إلى المعاوضة، أساسه اشتراط الواهب الثواب، ولولا ذلك لبقيت الهبة على أصلها تبرعا .

### 3 - الهبة في القانون :

ويختلف القانون عن الفقه الإسلامي في مسألة الهبة . ففي القانون الهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، حتى ولو كانت بعوض مادامت هبة حقيقية . ذلك لأن الواهب إنما وهب ورضي بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له، قد لا تكون محل اعتبار في الشفيع . فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في الهبة ولو بقيمة العقار الموهوب . وكذلك لا يؤخذ بالشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع في المشتري . أو في بيع صدر من الحكومة إلى صغار الفلاحين والمزارعين، أو إلى من استصلح أرضا فتساهلت الحكومة معه في ثمن هذه الأرض تشجيعا للفلاحة، وتوخيا لتحقيق مقاصد عليا اقتصادية واجتماعية وسياسية . فالأخذ بالشفعة في هذا البيع يتنافى مع طبيعة هذا العقد، وفيه تفويت للأغراض المقصودة من البيع<sup>(3)</sup> .

أما إن كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفي تحت ستار الهبة، فالعبرة حينها بحقيقة العقد وبأنه بيع يجوز فيه الأخذ بالشفعة . أما إن كان العكس هو الحاصل، حيث البيع هو الذي يستر الهبة، لم يجز الأخذ فيه بالشفعة، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون الظاهر<sup>(4)</sup> .

وقد يهب البائع المشتري جزءا صغيرا مقطوعا من الأرض المبيعة، يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع، حيلة منه لمنع الشفيع من أخذ الشفعة . لينتقي بذلك شرط الجوار بين العقار المشفوع فيه، والعقار المشفوع به، فلا يأخذ هذا الجزء المقطوع من الأرض، لأنه محل لعقد هبة، لا لعقد بيع . فإذا أثبت الشفيع صورية الهبة، وأن القصد منها هو منعه من أخذ الشفعة، فإنه يأخذ بالشفعة كل العقار<sup>(5)</sup> .

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 438 .

<sup>(2)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 11 . - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 468 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 494 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 495 .

<sup>(5)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 496 .



## تعقيب وترجيح .

إن ما ذهب إليه القانون في هذا الصدد صحيح إلى حد كبير من الناحية النظرية، لأنه مادامت الهبة حقيقة وليست صورية، فليس من المعقول أن تؤخذ من الموهوب له بالشفعة. لأن المالك ما رضي التجرد عن ملكه إلا لاعتبارات شخصية راعاها في الموهوب له كقرابة، أو صحبة، أو عشرة طيبة، أو جوار حسن، أو رد جميل، أو مساعدة على نواب الدهر. غير أنه قد يصعب من الناحية العملية، التفريق بين هبة الثواب الحقيقية، وبين البيع المستتر تحت الهبة لتفويت الفرصة على الشفيع .

ولهذا فسدا لكل ذريعة وغلقا لباب الحيل، التي يصعب الخروج منها، فإنه يبدو لي أن رأي الفقه الإسلامي أدق نظرا وأحكم من الناحية العملية. فإن الهبة قسمان، فإن كانت بلا ثواب، فقصده الواهب المعاني الأخوية والاجتماعية والإنسانية واضح لا غبار عليه، ومن ثم فلا شفعة. أما إن كانت الهبة بالثواب فإنه يصعب تمييز قصد الواهب. فإن كانت رغبته وإرادته متجهة حقيقة للهبة، ومن ثم تساهل مع الموهوب له في الثمن مثلا، فإنه لا ضرر على الواهب، لأنه أخذ ثوابه. ولا ضرر على الموهوب له، لأنه أخذ قيمة الموهوب حين أخذت منه الهبة بالشفعة .

**ثانيا: الصلح<sup>(1)</sup> :** والصلح باعتباره من عقود المعاوضات هل ثبت فيه الشفعة ؟ للإجابة عن هذا السؤال نين وجهة نظر الفقه الإسلامي أولا. ثم رأي القانون ثانيا .

**1 - رأي الفقه الإسلامي :** إذا ادعى شخص على آخر حقا، فصالحه بمال فهل ثبت الشفعة في عقد الصلح هذا ؟

قال الشافعية وابن حزم : لا شفعة إلا في الصلح الذي يكون على إقرار . أما الصلح الذي يكون على إنكار أو سكوت فلا شفعة فيه لأنه باطل . ذلك أن المطالبة بالحق تستدعي حقا ثابتا، والحق في حال الإنكار أو السكوت غير موجود . ثم إن الحق يثبت بالدعوى، وهي معارضة في حال الإنكار والسكوت، إذ السكوت إنكار حكما . ثم إن المدعي إن كان كاذبا في دعواه، فقد استحل من المدعى عليه ماله وهو حرام . وإن كان صادقا في دعواه، فقد عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصح المعاوضة . وبذل المال لدفع الخصومة غير صحيح، لأن الخصومة باطلة، فيكون البذل في معنى الرشوة المحرمة شرعا<sup>(2)</sup> .

<sup>(1)</sup> قال ابن حجر والصلح أقسام: صلح المسلم مع الكافر، والصلح بين الزوجين، والصلح بين الفئدة الباغية والعادلة، والصلح بين المتخاصمين كالزوجين، والصلح في الجراح كالعفو على مال، والصلح لقطع الخصومة إذا وقعت المراجعة إما في الأملاك أو في المشتركات كالشوارع، وهذا الأخير هو الذي يتكلم فيه أصحاب الفروع . فتح الباري، المرجع السابق، ج5، ص 298 .

<sup>(2)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص161، مسألة رقم1269. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص86 .

وذهب جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى أن الشفعة تثبت في العقار الذي يكون بدل صلح. سواء كان الصلح عن إقرار، أو إنكار، أو سكوت.

ومعنى كون العقار بدل صلح أي أن المدعى عليه قدمه ليحسم به النزاع، ويتخلص به من دعوى المدعى عليه. فإذا قبل هذا، كان ذلك عوضاً عن حقه، ففي هذه الحالة تثبت الشفعة للشفيع. لأن المدعى ما قبل هذا العقار إلا ليكون عوضاً عن حقه الذي يزعمه ويطلب به. فإن كان الصلح عن إقرار فهو مبادلة مال بمال. وإن كان الصلح عن إنكار فلائن المدعي أخذ العقار عوضاً عن ملكه الذي يدعيه، فكان الصلح معاوضة في حقه، فهو إذن مشتري للعقار بزعمه، فتثبت الشفعة للشفيع. وإن كان الصلح عن سكوت المدعى عليه، وكان المدعي محقاً في دعواه، كان بدل الصلح عوضاً عن ملكه حقيقة. وإن كان مبطلاً كان عوضاً عن ملكه في زعمه، فيتحقق معنى المعاوضة في زعمه، فيكون للشفيع حق الشفعة. إذ العبرة باعتقاد المدعى الذي انتقل العقار إليه.

أما إذا كان العقار هو المصالح عنه بأن كان هو محل الدعوى والنزاع، فقدم المدعى عليه مالا ليخلص له العقار. ففي هذه الحال إن كان المدعى عليه قد قامت عليه البينة، أو كان مقراً، بملكية المدعي للعقار، وقدم المال بدلاً عنه، فيكون الصلح في هذه الحالة عقد بيع بالنسبة لهما، فتثبت الشفعة<sup>(2)</sup>. مثل أن يدعي رجل ملكية عقار في يد رجل آخر فيصالحه منه بعد إقراره به على مليون ديناراً أو سيارة، فيصير المدعى عليه مشترياً للعقار بالمليون أو السيارة. فالشفيع أن يأخذ العقار من المدعى عليه بالمليون أو بقيمة السيارة.

أما إذا كان المدعى عليه منكراً أو ساكناً، فهذا يعني أن العقار محل النزاع ملكه، وإنما دفع المال قطعاً للخصومة الباطلة، وافتداء ليمينه. فلا يتحقق معنى المعاوضة في حقه. فلم يكن للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة. ولكن إذا أثبت الشفيع بالحجة الشرعية، أن العقار موضوع النزاع هو ملك للمدعى، وأن المال الذي كان بدل صلح هو في الحقيقة ثمن العقار، فحينئذ يثبت أن عقد الصلح عقد بيع، فتثبت فيه الشفعة. أما المدعي فإن الصلح في حقه معاوضة سواء أنكر المدعى عليه أو سكت، ولذا فإنه في الحالتين يأخذ عوضاً عن حقه الذي يدعيه ويطلب به سواء كان محقاً في طلبه أو مبطلاً. وعليه فإن الشفعة تثبت. ولذا جاء في القانون المدني العراقي في المادة 716 وهو قانون مستمد من أحكام الفقه الإسلامي "الصلح عن إنكار أو سكوت هو في حق المدعى معاوضة، وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للخصومة. فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه، ولا تجري في العقار المصالح عنه"<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص11 - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص9، 11 - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص207. سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص458.

<sup>(2)</sup> أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص161، 162.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص582.

هذا كله إذا كان بدل الصلح مالا. فإن كان بدل الصلح منافع، فلا شفعة في العقار المصلح عنه، سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار، عند الحنفية والحنابلة. وخالف المالكية والشافعية وقالوا بثبوت الشفعة لوجود معنى المعاوضة، فإذا تعذر أخذ الشفعة بالمثل أخذ الشفعة بالقيمة<sup>(1)</sup>.

**2 - رأي القانون المدني:** ذهب القانون المدني الجزائري إلى عدم ثبوت الشفعة في الصلح. لأن للصلح، أثر كاشف عن الحق لاناقل له. وهذا صرح المادة 463 والتي تقول: "للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما اشتمل عليه من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها...". كما أن الصلح بطبيعته يتنافى مع الشفعة، فهو يستلزم من المتصلحين واجبات شخصية، لا يمكن للشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه في جميع الحقوق والالتزامات. ثم إن المتصلحين يتنازل كل واحد منهما عن جزء من حقه على وجه التقابل، حسما للنزاع الحاصل بينهما. ولا ينقل أحدهما للآخر ملكية شيء<sup>(2)</sup>.

والصلح وإن كان من عقود المعاوضات - إذ لا يتبرع أحد من المتصلحين لصالح الآخر، بل ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه بمقابل، وهو نزول الطرف الآخر عن جزء مما يدعيه - إلا أنه لا يمكن أن نعتبره بيعا نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بثمن معين، لأن هذه الملكية لم تكن مستقرة للملكها، بل كانت محل نزاع. والمبلغ المسمى في العقد لم يكن ثمنا لنقل الملكية المتنازع عليها، بل كان مقابلا لحسم النزاع. هذا فضلا على أن نصوص القانون المدني قد حصرت الشفعة في البيع. كما هو منطوق المادتين 794، 795 وغيرهما من المواد المتعلقة بالشفعة<sup>(3)</sup>.

### ثالثا : الإجارة .

وتجوز الشفعة في الإجارة فمن استأجر دارا أو سيارة، وكان بدل الإيجار عقارا، وجبت فيه الشفعة بأجرة المثل. لأن العقار في مقابلة المنفعة وقيمتها أجرة المثل. بل إن الإجارة عند مالك بيع من البيوع<sup>(4)</sup>. ولذا فالشفعة عنده يكون بقيمة الإجارة. جاء في المدونة: "أرأيت إن استأجرت إبلا إلى مكة بشقص لي في دار، فأراد الشفيع الأخذ بالشفعة بم يأخذها؟ قال مالك: يأخذها بمثل كراء الإبل إلى مكة. قلت ويكون في مثل هذا الشفعة؟ قال: نعم"<sup>(5)</sup>. وخالف الحنفية ولم يروا في الإجارة شفعة. كما سيوضح لاحقا في الفرع الثاني.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص11. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص160.

(2) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص497.

(3) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج5، ص588.

(4) سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص458.

(5) سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص442.

## رابعاً : الوعد بجائزة .

ومن وعد بجائزة فقال : من وجد لي ابني الضائع فله هذه الدار، فلا شفعة قبل مجيء الابن . فمن جاء بالابن وملك الدار، وجبت الشفعة فيه بأجرة المثل . وقال المالكية : وجبت الشفعة بالقيمة<sup>(1)</sup> .

## الفرع الثاني : المعاوضات غير المالية .

رأينا في الفرع الأول أن الشفعة تثبت في عقود المعاوضات المالية . فهل إذا انتقل العقار بعوض غير المال، كما لو جعل مهر أو بدل خلع، أو في الصلح عن دم العمد، أو في متعة الطلاق، أو أجرة إجارة تكون فيه الشفعة؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فإنه يترتب على ذلك مسألتان . الأولى: بم يأخذ الشفيع الشفعة بالقيمة أو بالمثل؟ والثانية: في حالة إفلاس المشتري، فأيهما أحق بالعقار البائع أم الشفيع؟ وفي حال وقوع الطلاق قبل الدخول أيهما أحق بالعقار الزوج أم الشفيع؟ نوضح هذه المسائل في ثلاثة بنود تباعاً .

## البند الأول : الشفعة في المعاوضات غير المالية .

اختلف الفقهاء في إثبات الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية على مذهبين .

المذهب الأول : ذهب الحنابلة والحنفية<sup>(2)</sup> والحسن والشعبي وأبو ثور إلى أنه لا شفعة إذا انتقل العقار بعوض غير المال واستدلوا على ذلك بما يأتي :

1 - شرط الشفعة هو معاوضة عين المال بعين المال، فلا شفعة في معاوضة عين المال بما ليس عين مال . لأن الشفيع يملك بما تملك به المشتري، والتملك بما ليس مالا ممكناً . إذ الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب، لا بإنشاء سبب آخر . ولهذا لا تجب في الموهوب، لأنه لو أخذه بعوض لكان سبباً غير السبب الذي تملك به الممتلك .

2 - في حال جعل العقار مهراً، أو بدل خلع، أو أجرة إجارة، فإن العقار يكون مملوكاً بغير مال، فأشبهه الهبة والميراث .

3 - لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بمهر المثل، أو قيمة البضع . لأنه لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب، وأضررنا بالشفيع . لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه عادة، كما يمتنع أخذه بالقيمة، لأنها ليست عوض الشقص، فلا يجوز الأخذ بها، كالموروث فيتعذر أخذه .

4 - المعاوضات غير المالية تختلف عن البيع، لأنه لا يمكن الأخذ فيها بالعوض . أما البيع فيمكن الأخذ فيه بالعوض .

<sup>(1)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص36 .

<sup>(2)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص12 . - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص405 . - ابن، قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج5، ص469 .

المذهب الثاني<sup>(1)</sup>: وذهب الشافعية والمالكية وابن أبي ليلى وابن شبرمة إلى أن الشفعة تثبت إذا انتقل العقار بعوض غير المال، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- 1 - قالوا: إن الصداق والخلع والصلح في دم العمد والإجارة من عقود المعاوضات التي يجري فيها الرد بالعيب، ولما كانت كذلك ثبتت فيها الشفعة كالبيع .
- 2 - الشفعة وضعت لدفع الضرر عن المالك، فوجب أن تثبت في الصداق وفي بدل الخلع وأجرة الإجارة، كما تثبت في البيع لدفع الضرر عن المالك .
- 3 - ولأن الشفعة وجبت لزوال اليد المستحقة عن المشتري، فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالأستحقاق .
- 4 - ولأن كل عقد استحق فيه إقباض الشقص، استحق به إقباضه شفعة كالبيع .
- 5 - ولأن كل قبض وجب في عقد البيع، وجب في عقد الصداق والخلع والصلح عن دم العمد والإجارة كالتبضع الأول. وبيانه أن في البيع قبضين، قبض المشتري من البائع، وقبض الشفيع من المشتري. وكذلك في النكاح والخلع والإجارة والصلح عن دم العمد يوجد قبضين. ففي النكاح يقبض الزوجة الصداق من الزوج، فوجب قبض الشفيع من الزوجة. وفي الخلع يقبض الزوج بدل الخلع من الزوجة، فوجب قبض الشفيع من الزوج. وفي الإجارة يقبض المؤجر بدل الإيجار أو الأجرة من المستأجر، فوجب قبض الشفيع من المؤجر. وفي الصلح عن دم العمد يقبض المجني عليه أو أولياؤه الدية أو أرش الجناية من الجاني، فوجب قبض الشفيع من المجني عليه أو من أولياؤه .
- 6 - ورد الشافعية<sup>(2)</sup> على الحنفية حين قالوا: إن العقار في النكاح وغيره من عقود المعاوضات غير المالية مملوك بغير مال ومن ثم فلا شفعة فيه. قالوا: إن البضع في حكم الأموال لأمرين، أنه يعاوض عليه بالمال. وأنه في حال اغتصابه مقوم بالمال، وما لم يكن مالا لم يقوم في استهلاكه بالمال .
- 7 - وردوا عليهم في تشبيههم المملوك في المعاوضات غير المالية بالهبة والميراث. بأن علة منع الشفعة في الهبة والميراث، أنه مملوك بغير بدل. أما الصداق وبديل الخلع، فهو مملوك ببدل، فوجب فيه الشفعة .
- 8 - أما الجواب عن قولهم: "إن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد" قالوا: هذا غير مسلم به لأن المغتصبة مقومة البضع على غاصبها. والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها. فصار بضعها مقوما في غير عقد، وشبهة في حق غيرها، فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها .

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص207. الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص31، 32، 36 .

<sup>(2)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص32 .

## ترجيح :

بالنظر في أدلة الفريقين يترجح لدي رأي الفريق الثاني، وهم المالكية والشافعية. وزيادة على ما رد به الشافعية على الحنفية فإنني أقول: إن حصر الشفعة في عقود المعاوضات المالية دون غيرها من عقود المعاوضات غير المالية، قد يكون ذلك ذريعة إلى أن يقصد المتعاقدان إبطال حق الشفيع عن طريق التحايل. فبدل من أن يعطي البائع للمشتري الثمن نقداً، يقدم له بدل ذلك سكنى دار مدة معلومة تعادل قيمة الثمن نقداً. ومن ثم فإنه سداً للذريعة وغلقاً لباب الحيل نقول: إن الشفعة كما ثبتت في عقود المعاوضات المالية، ثبتت في عقود المعاوضات غير المالية. ومن جهة أخرى فإن الحكمة من تشريع الشفعة هي دفع ضرر الدخيل، الذي قد ينشأ من الشريك الجديد. وهذا الأمر متحقق في كل شريك جديد، سواء انتقل إليه العقار في معاوضة مالية، أو انتقل إليه العقار في معاوضة غير مالية.

## البند الثاني : بم يأخذ الشفيع في عقود المعاوضات غير المالية، بالقيمة أو بالمثل .

وإذا ثبتت الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية فبم يأخذ الشفيع الشفعة، هل يأخذها بالقيمة أو بالمثل؟

ذهب مالك وابن أبي ليلى إلى أن الشفيع يأخذ بالقيمة لا بالمثل. وحكي نحوه هذا الرأي عن الشافعي في مذهبه القديم " ذلك أن المال المتزوج به أو المخالع به لا حد لهما، فرب كارهة لزوجها تدفع له في الخلع كثيراً، ورب راغب في زوجة يدفع لها أضعاف مهر مثلها، فالرجوع لقيمة الشقص أعدل<sup>(1)</sup> ورب فاقد لعزيم من مال أو أهل يدفع في سبيل استرجاعه أجراً كثيراً، فكان الرجوع إلى قيمة الشقص أعدل. ورب امرأة كانت تحلم بزواج هنيء وأسرة سعيدة، ثم وقع الطلاق فجأة قبل الدخول، فجباً لحاظرها أعطي لها أكثر من مهرها الذي لم يسم، فكان الرجوع إلى قيمة المتعة أعدل. أما في الصلح عن دم العمد فإنه يأخذ بقيمة الشقص المدفوع لا بالدية، لأن الواجب القود ولا قيمة له. أما إن كانت الجنابة خطأً، فإنه يأخذ بمثل الدية إن كانت مثلية، وبقيمتها إن كانت مقومة<sup>(2)</sup>.

وقال الشافعية: يأخذ الشفيع بالمثل، فإن كان مهراً أخذ بمثله. وإن كانت إجارة أخذها بأجرة المثل. وإن كانت متعة طلاق أخذها بمتعة المثل. وإن كانت وعداً بجائزة أخذها بأجرة المثل. لأن المشفوع عليه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل<sup>(3)</sup>.

## ترجيح :

والذي يترجح لدي هو رأي المالكية. لأن الشفيع يأخذ بمثل ما أخذ به المشتري من الثمن والمصاريف. ومن ثم فالأخذ بالقيمة أقرب إلى الثمن منه ما لو أخذ بالمثل. لأن القيمة هي بمثابة المعيار للشيء الذي كان

<sup>(1)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص197.

<sup>(2)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص198.

<sup>(3)</sup> المناوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص33، 36.

عضوا . أما الأخذ بأجر المثل أو مهر المثل فإن فيه إجحاف بحق المشفوع عليه، إذ قد يكون العوض كبيرا وأجر المثل أو مهر المثل أقل . وقد يكون العوض قليلا وأجر المثل أو مهر المثل أكثر . ففي الحالتين فإن الشفيع يكون قد ابتعد عما أخذ به المشتري من الثمن والمصاريف .

ثم إن في عقود المعاوضات غير المالية معاني أخر غير مجرد العوض المادي، كما هو الحال في عقود المعاوضات المالية . فهي إما تخلصا من مشكلة، كما في الخلع . أو رغبة في الفوز بشيء، كما في الزواج . أو لهفة في الحصول على شيء، كما في الوعد بجائزة . أم مراعاة لجوانب عاطفية وإنسانية، كما في متعة الطلاق . ففي هذه الحالات جميعا، فإن العوض الذي يأخذه المشفوع منه، يكون بمثابة مواساة وتخفيفا عليه، فأخذه منه بالشفعة بالمثل دون قيمته، يلحق به ضررا ويفوت هذه المعاني جميعا .

### البند الثالث : أيها أحق بالعقار الزوج أم الشفيع ؟ والبايع أم الشفيع ؟

ويترتب على القول بثبوت الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية مسألتين اثنتين . الأولى: في حالة ما إذا تزوج رجل امرأة وأصدقها شقفا من دار، ثم طلقها قبل الدخول . فأيهما أحق بهذا الشقص الزوج، أم الشفيع ؟ والمسألة الثانية: وهي إذا ما اشترى شخص شقفا من دار، ثم أفلس المشتري قبل دفع الثمن، فأيهما أحق بهذا الشقص الشفيع، أم البايع ؟

**المسألة الأولى :** إذا تزوج رجل وأصدق زوجته شقفا من دار، ثم طلقها فأيهما أحق بهذا الشقص .

الزوج أم الشفيع ؟

إذا طلق الزوج زوجته، لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده . فإن كان بعد الدخول فلا رجوع للزوجة بشيء من الصداق . ويكون حينها الشفيع أحق بهذا الشقص من الزوج، لأنه يأخذه من الزوجة . وقد ثبت لها كاملا بالدخول . وإن كان الطلاق قبل الدخول، فإن للزوج الحق في نصف الصداق لقوله تعالى : " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم " (1) ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال (2) .

الحالة الأولى : أن يكون الشفيع قد أخذ الشقص من الزوجة، فللزوج أن يرجع على الزوجة بنصف قيمة الشقص، لأن ملكها زال عنه، فهو كما لو باعته . ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق، لأنه ملكه بغير بدل . وكذلك إذا كان الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله إلى الزوج لم يستحق الشفيع أخذه، لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد فلا يستحق به الشفيع كالرد بالعيب (3) .

(1) سورة البقرة آية رقم 235

(2) الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 35 .

(3) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 470 .

الحالة الثانية : أن يكون الشفيع قد عفا عن شفيعته، فللزواج أن يرجع على الزوجة بنصف ما أصدقها، لأنه لا يزال موجودا في يدها بصفته .

الحالة الثالثة : أن يكون الشفيع على حقه لم يعف، ولم يأخذ حتى طلق الزوج، فأيهما أحق بالشقص الشفيع أم الزوج؟ فيها قولان. الأول: الزوج أحق من الشفيع، لأن حقه ثبت بنص الكتاب والإجماع فهو مقطوع به، وحق الشفيع ثبت استدلالا بجبر الواحد . وعلى هذا يأخذ الزوج نصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيرا في أخذ النصف الباقي، بنصف مهر المثل أو نصف قيمته على الخلاف في ذلك. الثاني: الشفيع أحق بالشقص من الزوج ذلك أن حقه متأخر لأنه ثبت بالطلاق، أما حق الشفيع فإنه أسبق لأنه ثبت بالنكاح. ثم إن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل. وهذا القول هو الصحيح، وعلى هذا القول فإنه يعرض الشقص على الشفيع أولا، فإن أخذه رجع الزوج على الزوجة بنصف قيمة الشقص، وإن ترك الشفيع أخذ الشفعة. أخذ الزوج نصفه .

**المسألة الثانية :** إذا اشترى رجل شقصا من دار، ثم أفلس قبل دفع الثمن، فأيهما أحق بهذا الشقص؟ هل هو البائع لأنه يسترد عين سلعته، لأنه لم يقبض ثمنها. أم هو الشفيع الذي ثبت له حق الشفعة بعقد البيع؟ فيها قولان<sup>(1)</sup> كالمسألة الأولى .

القول الأول: البائع أحق من الشفيع على الوجه الذي يجعل الزوج أحق من الشفيع، لقوله - صلى الله عليه وسلم - عن أبي هريرة رضي الله عنه: "من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس، أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره" رواه الجماعة<sup>(2)</sup>. فعلى هذا القول إذا رجع البائع بشقصه فلا شفعة عليه في تملكه، لأنه استحداث فسح وليس باستئناف عقد .

القول الثاني: وهو الصحيح. الشفيع أحق بالشقص من البائع، لتقدم حقه لأنه ثبت بعقد البيع. أما حق البائع فهو متأخر لأنه ثبت بالفسخ. وعلى هذا القول إذا أخذ الشفيع الشقص بمثل الثمن أو قيمته على الخلاف بين القولين، فهل يتقدم به البائع على جميع الغرماء أم لا؟ قولان. الأول: يتقدم به لأنه بدل في عين ماله التي كان أحق بها. الثاني: أن البائع وجميع الغرماء في هذا المال سواء، لفوات العين التي هو أحق بها من سائر الغرماء .

## **المطلب الثالث : خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً .**

سبق أن رأينا في المطلبين السابقين أن الشفعة تثبت في البيع، أو ما في معناه من عقود المعاوضات المالية. غير أن هذا لا يكفي، بل يجب حتى تثبت حق الشفيع في الشفعة، أن يزول ملك البائع عن العقار المبيع من طريق البيع اللازم النهائي الذي لا خيار فيه. ذلك أن البيع على وجه اللزوم يكون البيع به قد كمل، ونقل المبيع إلى ملك

<sup>(1)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص36 .

<sup>(2)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج5، ص363 .



المشتري. أما إن كان البيع بشرط الخيار فلا شفعة فيه. وهذا قدر متفق عليه بين المذاهب، لأن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه بمثل ما ملك به المشتري، فإن كان البيع على الخيار فالمبيع لا يزال على ملك البائع، فكان تملك المشتري حينها مستحيلا، فتستحيل بذلك الشفعة<sup>(1)</sup>.

وإن أهم الخيارات التي تلحق البيع هي خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب، فهل تثبت الشفعة في هذه الخيارات جميعا أم لا؟ هذا ما سنوضحه فيما يأتي.

## أولا : خيار المجلس .

ومعناه أن يكون لكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ ما دام لم يتفرقا بالأبدان. فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب. وقال بهذا الخيار الشافعي وأحمد ولم يقل به أبو حنيفة وأصحابه ومالك وفقهاء المدينة السبعة رضي الله عنهم أجمعين<sup>(2)</sup>.

وعلى رأي الشافعية والحنابلة: لاشفعة في خيار المجلس إلا بعد تقضه بالافتراق عن تمام وإمضاء. لأن ثبوت الفسخ لكل واحد من العاقدين يمنع من استقرار العقد بينهما. ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري. فأولى أن لا تلزمه شفعة الشفيع. وأما إن افترقا عن تمام وإمضاء، فإن الشفيع يستحق حينئذ أخذ الشفعة، لاستقرار العقد وتمامه<sup>(3)</sup>.

أما المالكية والحنفية فقد أنكروا خيار المجلس ولم يعترفوا به. ومن ثم فإن الشفعة تثبت بمجرد حصول الإيجاب والقبول، لأن البيع يكون حينها قد انعقد، وأصبح لازما لا خيار فيه لأحد، إلا من عيب أو رؤية.

- والذي يترجح لدي هو رأي المالكية والحنفية. لأن القول بخيار المجلس فيه إهدار لمبدأ جوهرية من مبادئ القانون، وهو قوة العقد الملزمة. التي يكسبها بتمامه عند تلاقي الإيجاب والقبول. كما فيه أيضا إخلال بالثقة المشروعة عند التعامل. كما قال ذلك العلامة السنهوري<sup>(4)</sup>.

## ثانيا : خيار الشرط .

وهو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما، لنفسه أو لغيره، حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمن. وقد أجاز جمهور الفقهاء هذا الشرط استحسانا، رغم أنه مخالف لمقتضى العقد الذي يقتضي اللزوم. ومنعه الظاهرية والثوري وابن شبرمة<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص217. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص13. - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص299.

<sup>(2)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص170.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص66.

<sup>(4)</sup> السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ج2، ص40.

<sup>(5)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص209.

وعلى هذا الأساس إذا تم بيع عقار بشرط الخيار فهل تثبت الشفعة في هذا العقار؟ إن البيع المشتمل على الخيار، لا يخلو أن يكون الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما معا .

لم يفرق المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة بين من كان له الخيار، فلا تثبت الشفعة عندهم في بيع الخيار قبل انقضائه . سواء كان الخيار لكل من البائع أو المشتري، أو لأحدهما . لأن البائع والمشتري في نظر الشرع سواء، فإذا منع الأخذ بالشفعة حين كان الخيار للبائع، لما فيه من إبطال خياره وتفويت حق الرجوع عليه . فوجود الخيار للمشتري أيضا يمنع الأخذ بالشفعة . . . لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة<sup>(2)</sup> عليه، ويفوت حقه في الرجوع في عين الثمن فلم يجز كما لو كان الخيار للبائع .<sup>(3)</sup> .

وفرق الحنفية والشافعية<sup>(4)</sup> بين ما إذا كان الخيار مشروطا للبائع والمشتري معا أو مشروطا لأحدهما .

أ - فإن كان مشروطا للبائع والمشتري، أو للبائع دون المشتري . فقد قالوا : إنه لا شفعة للشفيع ما لم تنقضى مدة الخيار . فإذا انتهت مدة الخيار، فقد وجب البيع حينها ولزم، فاستحق عندئذ الشفيع الأخذ بالشفعة . لأن الأخذ بالشفعة قبل انتهاء مدة الخيار، إسقاط لحق البائع من الفسخ . والزام البيع في حقه بغير رضائه . ولأن الشفيع إنما يأخذ الشفعة من المشتري، والملك لم ينتقل بعد إلى المشتري، إذا كان الخيار للبائع .

ب - أما إذا كان الخيار مشروطا للمشتري دون البائع . فالظاهر من أقوال الحنفية والشافعية أن الشفعة تجب للشفيع . لأن خيار المشتري عند الحنفية لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع، وحق الشفعة يقف عليه . ولأن المبيع في زمن الخيار ملك للمشتري، على الرأي الراجح عند الشافعية .

ويترتب على قول الحنفية والشافعية بجواز الأخذ بالشفعة في مدة الخيار فروضا ثلاثة<sup>(5)</sup> .

الفرض الأول: أن يتفق البائع والمشتري على اشتراط الخيار لهما في العقد ويكذبهما الشفيع، ويدعي أن العقد وقع ناجزا، من غير خيار الشرط . فالقول قول البائع والمشتري، واليمين واجبة على المشتري دون البائع . لأن انتزاع الملك من يده فيحلف له، لأن الأصل بقاءه على ملكه، ولاشفعة للشفيع بعد يمين المشتري إلا بانقضاء مدة الخيار . وهكذا لو كان البائع غائبا، فادعى المشتري اشتراط خيار الثلاث لهما، أو للبائع وحده، وأكدبه الشفيع . كان القول قول المشتري مع يمينه، ولاشفعة إلا بانقضاء مدة الخيار .

الفرض الثاني: أن يدعي البائع اشتراط الخيار وينكره المشتري والشفيع . فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف القول قول البائع ولاشفعة، وعلى قول محمد بن الحسن، القول قول المشتري وفيه الشفعة .

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص217 . - جاء في المدونة: " قال مالك في رجل باع من رجل شقصا في دار على أن المشتري بالخيار، أنه لاشفعة لشريكه في ذلك حتى يأخذ المشتري أو يدع . قلت وكذلك إن كان الخيار للبائع؟ قال: إذا كان للبائع فهذا لا شك فيه أنه لاشفعة" سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص439، 441 .

<sup>(2)</sup> المراد بالعهدة: رجوع من انتقل الملك إليه من شفيع أو مشتري، على من انتقل الملك عنه من بائع أو مشتري، بالثمن أو الأرض عند استحقاق الشقص، أو عيبه . وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص819 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص471 .

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص13 . الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص67 .

<sup>(5)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص68 .

وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه أنهما يتحالفان، كما يتحالفان في اختلاف الثمن، فإن تحالفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان. أحدهما: أن البيع قد بطل بتحالفهما، ومن ثم فلا شفعة فيه. والوجه الثاني: أن البيع لا يبطل إلا بفسخ الحاكم. وعليه فيكون للبائع الخيار على الفور في إمضاء البيع بخيار الثلاث للمشتري أو فسخه، فإن فسخه فقد بطل البيع ولا شفعة فيه، وإن أمضاه ثبت خيار الثلاث للمشتري، فإن فسخ البيع فيها، فلا شفعة فيه. وإن أمضاه أخذه الشفيع منه.

الفرض الثالث<sup>(1)</sup>: أن يدعي المشتري اشتراط الخيار وينكره البائع والشفيع. فعلى الرأي القائل إن للشفيع أن يأخذ بالشفعة، إذا كان الخيار للمشتري، فيأخذ الشفيع حينها الشفعة. ولا تحالف بين البائع والمشتري.

وعلى الرأي القائل أنه لاحق للشفيع في الشفعة، إلا بانقضاء مدة الخيار. تحالف البائع والمشتري على الخيار. فإن تحالفا فقد بطل البيع في أحد الوجهين، ولا يبطل إلا بفسخ الحاكم كما في الفرع الثاني في الوجه الثاني.

### ثالثا: خيار الرؤية.

ومعناه أن يكون للعاقد الذي عقد على شيء معين لم يره، حق الفسخ إذا رآه. فهو خيار يثبت بشرطين أحدهما، أن يكون محل العقد شيئا معيناً كدار وثوب. وثانيهما: أن يكون محل العقد غير مرئي وقت العقد. فإذا لم يره العاقد، كان له الخيار عند رؤيته. أما إذا كان قد رآه فلا يثبت له الخيار<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في القول بخيار الرؤية، وأساس الخلاف هو الخلاف في صحة العقد على الأشياء المعينة الغائبة. فذهب فابو حنيفة والشافعي في مذهبه القديم وابن حنبل في إحدى الروايتين عنه إلى القول بصحة العقد. وذهب مالك والشافعي في مذهبه الجديد وابن حنبل في الرواية الثانية إلى القول بعدم صحة العقد. فمن حكم بصحة العقد على الشيء الغائب المعين الذي لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية، ومن لم يصحح العقد لم يثبت خيار الرؤية<sup>(3)</sup>.

وإذا نظرنا إلى الحكمة التي من أجلها شرعت الخيارات، نجد أنها متحققة في خيار الرؤية، لأن الشخص قد يضطر لشراء شيء غائب عنه لحاجته إليه. خوفاً من فوات السلعة إن هو آخر العقد حتى يرى المعقود عليه. وفي الوقت نفسه لو أزمناه بالمعقود عليه من غير ثبوت الخيار له لألحقنا به الضرر، إذا وجد هذه السلعة غير موافقة لغرضه، ولا محققة لمقصوده. فيترجح القول بمشروعية هذا الخيار<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص69.

<sup>(2)</sup> أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص396.

<sup>(3)</sup> أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص397.

<sup>(4)</sup> مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي نظرية الملكية والعقد، ص619.

وترتيباً على ما سبق إذا وقع بيع على عقار لم يره المشتري، ففي صحة هذا البيع قولان<sup>(1)</sup>. أحدهما: أن البيع باطل، ومن ثم فلا شفعة فيه. الثاني: البيع جائز، ومن ثم يجوز أخذه بالشفعة. ثم للشفيع في رؤية العقار المبيع حالتان .

الحالة الأولى: أن يكون الشفيع قد رأى العقار، فلا يجوز أن يأخذه بالشفعة، إلا بعد رؤية المشتري له. لأن البيع قبل رؤيته غير لازم له.

الحالة الثانية: أن يكون الشفيع لم ير الشقص المبيع. فهل يجوز له أن يأخذه بالشفعة قبل رؤيته أم لا؟ قولان. الأول: لا يجوز له أخذه قبل الرؤية. على القول في المنع من بيع خيار الرؤية، لأن الشفعة بيع. ولأن الشفيع محل محل المشتري في حقوقه والتزاماته. الثاني: أن أخذ الشفيع للعقار المشفوع فيه جائز قبل رؤيته. على القول بجواز البيع بخيار الرؤية. وعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين أن يسلم العقار للشفيع قبل رؤيته، وبعد أن يصفه له، كما يصفه البائع للمشتري. وبين أن لا يسلمه له حتى يراه، فيسقط خياره بالرؤية. لأن المشتري لا يلزمه تسليم شقص ثبت للشفيع فيه خيار الرؤية<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: خيار العيب .

ومعناه أن يكون لأحد العاقدين الفسخ بسبب عيب اطلع عليه في المعقود عليه المعين بالتعيين، ولم يكن على علم به وقت العقد. فهو خيار سببه عيب حادث قبل القبض، ولم يكن على علم به أثناء العقد ولم يرض به بعد العلم به.

ومشروعية خيار العيب ثابتة بعدة أدلة منها قوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"<sup>(3)</sup> ومنها حديث المصراة المشهور<sup>(4)</sup>. وحديث "من غشنا فليس منا"<sup>(5)</sup>. ومنها شرط السلامة ضمناً أو دلالة، في كل عقود المعاوضات المالية<sup>(6)</sup>.

وعلى هذا الأساس إذا وقع بيع على عقار، ثم تبين للمشتري أن به عيباً، لم يكن على علم به وقت إبرام العقد، ولم يخبره البائع بذلك، فله إمضاء البيع كما له فسخه. لأن الرضا الذي نشأ عنه العقد اختل بانعدام السلامة من العيوب في المعقود عليه، غير أن وجود عيب في المبيع، لا يمنع من وجوب الشفعة. لأنه لا يمنع زوال

<sup>(1)</sup> الماوردي الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 69 .

<sup>(2)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 70 .

<sup>(3)</sup> سورة النساء آية رقم 29 .

<sup>(4)</sup> قال - صلى الله عليه وسلم - " لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر" متفق عليه. الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 5، ص 327 .

<sup>(5)</sup> رواه الجماعة إلا البحاري والسائي. الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج 5، ص 324 .

<sup>(6)</sup> فتحى الدررني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص 417. - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص 403. - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج 2، ص 173. - شمس الدين بن قدامة، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 4، ص 86 .

ملك البائع . وعليه فلو أراد المشتري رد المبيع بالعيب، وأراد الشفيع أخذه بالعيب، وقال أنا أرضى بعيه فأيهما يقدم ؟ فيها رأيان<sup>(1)</sup> .

فالأظهر في مذهب الشافعية وقول ابن القاسم من المالكية، إجابة الشفيع لما أراد . لأنه بيع نقل المبيع من ملك البائع إلى ملك المشتري، فثبت فيه الشفعة كما لو لم يجد به عيبا . ولأن حق الشفيع سابق على حق المشتري، إذ حقه ثابت بالبيع، وحق المشتري ثابت بالإطلاع على العيب . ولأن رد المشتري للمبيع بالعيب إنما هو لاستدراك الغبن، وهو يستدركه من الشفيع بالوصول إلى جميع الثمن .

والقول الثاني عند الشافعية وأشهب من المالكية، هو أن للمشتري رد العقار بالعيب، ولاشفعة للشفيع . لأن الشفيع إنما يأخذ بالشفعة إذا استقر العقد، وسلم عن الرد .

ويدوي أن الرأي الأول أرجح لقوة أدلته . وبناء على هذا الرأي لو حضر الشفيع وقد رد المشتري المبيع بالعيب، كان للشفيع إبطال رده، واسترجاع العقار من بانه . لأن الرد بالعيب قطع للعقد، فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع . كما لو باعه وأراد الشفيع إبطال بيعه . كان له ذلك ليؤصل به إلى شفيعه . ولو أن المشتري عند اطلاعه على العيب صالح البائع على عوض، وحضر الشفيع مطالبا بالشفعة، فله أخذ العقار بالباقي من الثمن بعد إسقاط العوض .

## المطلب الرابع : الأخذ بالشفعة عند توالي البيع .

إذا اشترى شخص عقارا، فهل يجوز له أن يتصرف فيه بالبيع مثلا، قبل طلب الشفيع الشفعة؟ وإذا تصرف فيه بالبيع، وأراد الشفيع طلب الشفعة، فلن يقدم طلبه، هل يقدمه للمشتري الأول الذي أصبح بانعا، أم للمشتري الثاني؟ نين في هذه المسألة، رأي الفقه الإسلامي أولا . ثم رأي القانون المدني ثانيا . ثم تقارن بينهما أخيرا .

### أولا : رأي الفقه الإسلامي .

إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفيع بالشفعة، أو قبل علمه بالشفعة، فتصرف المشتري، تصرفا صحيحا . لأنه تصرف في ملكه، سواء تصرف فيه بالمعاوضة كالبيع والإجارة، أو تبرعا بغير معاوضة كالهبة والصدقة والوصية والوقف . وكون الشفيع ملك أن يملك، لا يمنع المشتري من التصرف فيما ملك . كالموهوب له يجوز له أن يتصرف في الهبة، وإن كان الواهب ممن له حق الرجوع في الهبة . وكما لو كان أحد العوضين في البيع معيبا، فلا يمنع التصرف في العوض الآخر<sup>(2)</sup> .

<sup>(1)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج 6، ص 218 . - الفارودي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 70 . - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 299 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 488 .

وبناء على هذا فإذا تصرف المشتري في العقار الذي اشتراه، تصرفاً صحيحاً، كما لو باعه مثلاً، فإن الشفعة تجب فيه. والشفيع بالخيار، إن شاء فسخ البيع الثاني، وأخذ الشفعة بالبيع الأول بثمنه. لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري. وإن شاء أمضى تصرف المشتري الأول. وأخذ الشفعة من المشتري الثاني، لأنه شفيع في العقدين فله الأخذ بما شاء منهما. قال مالك في الرجل يشتري الشقص من الدار فيبيعها من غيره، ويبيعها ذلك أيضاً من غيره، ثم يأتي الشفيع، فإن له أن يأخذ أي صفقة شاء<sup>(1)</sup>. غير أن أخذ الشفيع بأي صفقة شاء، إذا تكرر البيع في الشقص الواحد، إذا كان غير عالم بالبيع أو غائباً. أما إن كان حاضراً عالماً، ولم يتم برد البيع. سقطت شفته في البيع الأول، وكانت له الشفعة في البيع الثاني فقط<sup>(2)</sup>.

وإذا أخذ الشفيع بأي صفقة شاء، فإنه يدفع الثمن إلى الذي أخذ منه الشقص. ويرجع هذا على الآخر بما أعطاه من الثمن. فلو فرضنا أن البيع وقع بين ثلاثة أشخاص تباعاً، فإن للشفيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة، بالبيع الأول وينفسخ العقدان الآخران. وله أن يأخذه بالبيع الثاني، وينفسخ البيع الثالث وحده. وله أن يأخذ بالبيع الثالث، ولا ينفسخ أي بيع من البيوع التي وقعت. فإذا أخذ من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشتري به، ولم يرجع على أحد، لأنه وصل إليه الثمن الذي اشتري به.

وإن أخذ الشفيع من المشتري الثاني، دفع إليه الثمن الذي اشتري به. ورد المشتري الثاني الثمن للمشتري الثالث، لأنه قد انفسخ عقده، وأخذ العقار منه. وإن أخذ الشفيع بالبيع الأول، دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشتري به، وانفسخ عقد الآخرين. ويرجع الثالث على الثاني بما أعطاه. ويرجع الثاني على الأول بما أعطاه.

فلو افترضنا أن المشتري الأول اشتري العقار بألف دينار، ثم اشتراه الثاني بألفي ديناراً، ثم اشتراه الثالث بثلاثة آلاف ديناراً. وأخذ الشفيع العقار بالبيع الأول. دفع إلى المشتري الأول ألف دينار. وأخذ الثاني من الأول ألفي ديناراً، وأخذ المشتري الثالث من المشتري الثاني ثلاثة آلاف ديناراً. لأن العقار إنما يؤخذ من المشتري الثالث، لكونه في يده وقد انفسخ عقده، فيرجع بثمنه. وهذا قول مالك والشافعي والحنفية والحنابلة<sup>(3)</sup>.

## ثانياً: رأي القانون المدني الجزائري .

جاء في المادة 797 من القانون المدني: "إذا اشتري شخص عقاراً تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة، أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشتري بها". يفرض النص أن يبوأ قد توالى ففي أي من هذه البيوع يأخذ الشفيع بالشفعة؟

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 454.

<sup>(2)</sup> الخطاط، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج 5، ص 330. محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 236.

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 7. - الثنوي، المجموع، المرجع السابق، ج 14، ص 334. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 489. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 410. - الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 178.

يجيب النص السالف الذكر على هذا السؤال بالتمييز بين حالتين. حالة بيع المشتري الأول العقار للمشتري الثاني، قبل أن يطلب الشفيع شفيعه في البيع الأول. وحالة طلب الشفيع الشفعة، ولم يبع بعد المشتري الأول العقار، للمشتري الثاني .

الحالة الأولى : حالة طلب الشفيع الشفعة ولم يبع بعد المشتري الأول العقار للمشتري الثاني

إذا كان المشتري الأول لم يبع العقار للمشتري الثاني، إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة، وسجل هذا الطلب، وفقا لما نصت عليه المادة 801. فإنه لا يسري البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع. إذ تنص المادة 806 من القانون المدني أنه، " لا حجة على الشفيع . . . كل بيع صدر منه (يعني المشتري) . . . إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة". وهذا يعني أن البيع الذي صدر بعد تسجيل الشفيع شفيعه، لا يكون حجة عليه. وأن الذي ينفذ في حقه هو البيع الأول. وعليه فإنه يأخذ الشفعة بهذا البيع، وبالشروط الواردة فيه. غير أنه لا يمتنع إذا رأى أن شروط البيع الثاني أسر وثنه أقل، من أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول، ويطلبها في البيع الثاني، في مواعيد هذا البيع وبشروطه<sup>(1)</sup> .

الحالة الثانية : حالة بيع المشتري الأول العقار للمشتري الثاني، قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة،

ويُسجل هذه الرغبة .

إذا باع المشتري الأول العقار للمشتري الثاني، قبل أن يسجل الشفيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، سواء صدر هذا الإعلان فعلا ولم يسجل، أو لم يصدر أصلا. ففي هذه الحالة فإن المفهوم المخالف للمادة 806، الذي يجعل كل تصرف يصدر من المشتري، قبل تسجيل طلب الشفعة، يسري في حق الشفيع. وعليه فإن البيع الثاني هو الذي يكون ساريا في حق الشفيع، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة. ومادام البيع الثاني هو الذي يسري في حق الشفيع، فإنه يكون قد فسخ البيع الأول، ولم يبق إلا البيع الثاني، ومن ثم فإن الشفيع يأخذ بهذا البيع في مواعيده وبشروطه<sup>(2)</sup> . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة 797 من القانون المدني الجزائري .

وما دام الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الثاني، دون الأول. فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة، لأي سبب من الأسباب. كما لو أن المشتري باع العقار إلى زوجه أو أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو أصهاره لغاية الدرجة الثانية، كما بينته المادة 798، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بالشفعة حتى، ولو كان البيع الأول يجيزها . لأن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني، ولا شفعة فيه. ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول، بعد أن نسخه البيع الثاني<sup>(3)</sup> .

<sup>(1)</sup> السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 519 .

<sup>(2)</sup> السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 520 .

<sup>(3)</sup> السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 521 .

أما إذا كان تصرف المشتري الأول في العقار بالبيع لأحد أقاربه أو أصهاره، أو هبته للعقار، تصرف صوريا قصد به التحايل لمنع الشفعة. فإن للشفيع أن يثبت صورية التصرف، بجميع الطرق. وعند ذلك يجوز له الأخذ بالشفعة في البيع الأول، بشروطه وفي مواعيده<sup>1</sup>.

ولما كان الشفيع يأخذ بالشفعة في البيع الثاني، فإنه يجب عليه في هذه الحالة، أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشتري الأول والمشتري الثاني، دون البائع للمشتري الأول. لأن الشفعة إنما تطلب في البيع الثاني دون البيع الأول، وهو يأخذ بمواعيد البيع الثاني وشروطه. وعليه فإذا كانت شروط البيع الأول أسير وثنه أقل، فإن على الشفيع أن يودع بين يدي الموثق الثمن الذي تم به البيع الثاني، سواء كان هذا الثمن أعلى أو أقل، وسواء كانت شروطه أسير أو أصعب.

### ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي، في أنه من حق المشتري أن يتصرف في العقار، قبل طلب الشفيع الشفعة، وتصرفه صحيحا. لأنه يتصرف في ملكه. وكون الشفيع تجرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك<sup>(2)</sup>. لا يمنع المشتري من التصرف في ملكه. كما يتفق الفقه والقانون أيضا، في حالة طلب الشفيع الشفعة ثم وقع البيع. فإن للشفيع الحق في أخذ الشفعة من أي صفقة شاء، وإن اختلفوا في التعليل.

فالفقه الإسلامي قيد الأمر بعدم علم الشفيع وحضوره. فإذا كان الشفيع غير عالم بالبيع، أو غائبا، فإن له أن يأخذ بأي بيع شاء الأول أو الثاني أو الثالث، أما إن كان حاضرا عالما فليس له ذلك. أما القانون فتماشيا مع إجراءاته التنظيمية، فقد قيد الأمر بإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وتسجيل هذه الرغبة في مدة معينة قدرها ثلاثون يوما. فإذا فعل ذلك فإنه يكون قد ضمن حقه. ومن ثم فإن أي بيع يصدر من المشتري فإنه لا يسري في حقه. غير أنه إذا رأى الشفيع أن البيع الثاني ثمنه أقل وشروطه أفضل، فإن له أن يتنازل عن طلب الشفعة في البيع الأول، ويأخذ بالبيع الثاني.

كما يتفق الفقه الإسلامي والقانون أيضا، في أنه إذا تصرف المشتري في العقار بالبيع، قبل أن يطلب الشفيع الشفعة، فإن البيع الثاني هو الذي يسري في حق الشفيع، وليس البيع الأول. وإن اختلفوا في التعليل. فالفقه الإسلامي قيد الأمر بعلم الشفيع وحضوره. فإذا كان الشفيع عالما بالبيع وحاضرا، ولم يرقم برد البيع عد هذا تنازلا ضمنا منه، عن أخذ الشفعة في البيع الأول. فإذا أراد المطالبة بالشفعة بعد ذلك، فلا يملك المطالبة بها إلا في البيع الثاني. أما القانون فتماشيا مع اتجاهه في تضيق حق الشفعة، فقد قيد الأمر بإجراء تنظيمي، وهو أن البيع الثاني إذا تم قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وتسجيل هذه الرغبة، فلن حقه في المطالبة بالشفعة في البيع الأول يسقط. ولا يبقى أمامه إلا البيع الثاني، يأخذ فيه الشفعة بمواعيد هذا البيع وشروطه.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص522.

<sup>(2)</sup> للوقوف على معنى القاعدة انظر الفروق للقرافي، المرجع السابق، ج3، ص20، 21، الفرق 121.



## المطلب الخامس: الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل.

لا تنتقل الملكية في العقار المبيع سواء في حق الغير، أو فيما بين المتعاقدين، إلا بتسجيل عقد البيع. وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة 165 من القانون المدني. عندما نصت على أن "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري". ثم أكدت المادة 792 هذا المعنى فقالت: "تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 165 وذلك مع مراعاة النصوص التالية". والنصوص المشار إليها هو نص المادة 793 وهو يجري على الوجه الآتي "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

هذه النصوص جميعاً تؤكد على أن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين، أو في حق الغير، إلا إذا روعيت القوانين والإجراءات التي تنص عليها مصلحة الشهر العقاري.

وعلى هذا الأساس فإن المشتري في عقد البيع - باعتباره من أهم العقود الناقلة للملكية - لا يعد مالكا للعقار، إلا إذا سجله في مصلحة الشهر العقاري. فالتسجيل هو الإجراء الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين والغير. فهل يعني هذا أن الشفيع لا يجوز له أن يطالب بالشفعة، إلا في البيع المسجل؟ لأنه يأخذ الشفعة من تحت يدي المشتري إذا أصبح مالكا، وهو لا يكون مالكا إلا بعد التسجيل. هذا ما سنوضحه في النقطتين الآتيتين.

### أولاً: أثر عدم التسجيل على البيع.

عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل. ثم إن شرط الشفعة أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى ذهاب بعض الفقهاء في مصر إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل، معتبرين أن البيع أصبح المشتري. لأن المشتري لا يصبح جاراً للشفيع، أو شريكاً معه في الشفيع، فيتضرر الشفيع من جواره، أو من شركته، إلا إذا أصبح المشتري مالكا. فيجب إذن التبرص بالشفعة حتى يتحقق الضرر، الذي شرعت الشفعة لتفاديه. أي حتى يصبح المشتري مالكا، وهو لا يكون مالكا إلا بتسجيل البيع. وعليه فلا تجوز الشفعة في بيع غير مسجل<sup>(1)</sup>. غير أن هذا الرأي لم يستقر ولم يجد من يؤيده، واستقر الرأي الذي يجيز الأخذ بالشفعة، في البيع غير المسجل الذي تولى توضيحه الآن.

### ثانياً: أثر التسجيل على البيع.

إن الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء، أن البيع غير المسجل يجوز الأخذ فيه بالشفعة. للأدلة الآتية:

<sup>(1)</sup> السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص510، 511.

- 1 - إن البيع عقد من عقود التراضي، يتم بإيجاب وقبول الطرفين دون حاجة إلى التسجيل . ولم يتحول إلى عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل، حتى تحت ظل نظام شهر التصرفات، ولكونه عقدا من عقود التراضي . فإنه بهذه الصفة ينتج جميع آثاره عدا نقل الملكية بالفعل . فيلتزم البائع بموجبه بنقل الملكية إلى المشتري وتسليم المبيع . وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع<sup>(1)</sup> .
- 2 - إن سبب نقل الملكية هو العقد، وليس التسجيل . ومن ثم فإن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت العقد، لامن وقت التسجيل<sup>(2)</sup> .
- 3 - إن نقل الملكية والتسجيل، ليسا ركنا من أركان البيع . لأن العقد يعتبر قائما وصحيحا ومنتجا لآثاره، فيما بين المتعاقدين، ما عدا الأثر العيني، حتى ولو لم يحصل تسجيله<sup>(3)</sup> .
- 4 - إن الأخذ بالشفعة في بيع غير مسجل، يؤدي إلى نفس النتيجة التي يؤدي إليها الأخذ بالشفعة في بيع مسجل . وهي أن يملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ويحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته . ومن هذه الحقوق، التزام في ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام عينا، كما كان يستطيع المشتري<sup>(4)</sup> .
- 5 - إن المشتري قد تعنت، إذا هو أمن جانب البائع، ولم يخش منه التصرف في العقار مدة أخرى، فيبقى البيع دون تسجيل . إذ أن أمر التسجيل بيده، فيعطل بذلك حق الشفيع المدة التي يريد بها .
- 6 - إن انتصار التسجيل حتى يطلب الشفيع الشفعة، من شأنه أن يجعل ملكية العقار، معلقة غير مستقرة مدة من الزمن .
- 7 - إن الحكمة من وراء التسجيل هو أن يتسنى لكل فرد، أن يكون على بينة من أمر العقار الذي يريد التعامل فيه . فإذا أراد شخص شراء عقار معين، كان بوسعه عن طريق التسجيل، أن يعلم بكل التصرفات المحل بها هذا العقار . أما ما لم يسبق تسجيله فلا يكون حجة عليه . وبذلك يقدم على التعامل في هذا العقار وهو على بينة من أمره .
- 8 - إن نصوص القانون لم تشترط لثبوت الشفعة، سوى بيع العقار المشفوع فيه . لانقل الملكية . فهي لم تكلم إلا عن البائع والمشتري والمبيع . والبيع الذي جرى على العقار الذي ثبت فيه الشفعة، يظل بيعا حتى ولو لم يسجل . بل إن النصوص لم تذكر أن العقد الذي لا يسجل يكون باطلا<sup>(5)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص485 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص536 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص515 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص512 .

<sup>(5)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص511 .

- ولاشك أن الرأي الثاني القائل بجواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل هو الرأي الصحيح والسليم. لقوة أدلته وسلامتها. ومما يؤكد أن البيع غير المسجل يكون بيعا، وتثبت فيه الشفعة. أن الشفيع إذا لم يسجل الرغبة في الأخذ بالشفعة، قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني. وبالشروط التي اشترى بها. حتى ولو لم يسجل أي من المشتري الأول أو المشتري الثاني عقده، كما بينا ذلك في المطلب السابق.

فالعبارة في الشفعة بالبيع، ولا ضرورة لتسجيله. فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضا، هو الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة. وليس للشفيع أن يعترض بعدم تسجيل البيع الأول، وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقيا في هذا البيع ما دام لم يسجل. فإن هذا البيع الأول قد نسخه البيع الثاني، ولو لم يسجل البيعان<sup>(1)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 797 من القانون المدني حيث جاء فيها: "إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه، ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة، أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801<sup>(2)</sup> فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها".

وترتيباً على ما سبق فإذا باع شخص عقارا مملوكا له من آخر، ولم يسجل المشتري البيع، فإن الشفيع يستطيع، أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة. ولو أن البيع لم يسجل. وتسري مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل. فإذا صدر إنذار رسمي من البائع أو من المشتري حسب المادتين 799، 800<sup>(3)</sup> من القانون المدني، وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته في الأخذ بها، خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي حسب المادة 799 ولو كان هذا البيع لم يسجل. وكذلك يجب على الشفيع، في خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ولو لم يسجل البيع، إيداع ثمن البيع والمصاريف التي حصل بها بيع العقار المشفوع فيه، بين يدي الموثق حسب المادة 801، كما يسقط حق الشفيع بسكوته مدة ثلاثين يوما من تاريخ إنذاره الرسمي بالبيع، حسب المادة 799 من القانون المدني، لامن يوم التسجيل<sup>(4)</sup>.

- أما في دعوى الشفعة فليس واجبا شهر الإنذار الرسمي، الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، ولكن يجب تسجيل التصريح بالرغبة كما جاء في المادة 801 الفقرة الأولى. فإذا سجل الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة فلا يسري في حقه أي رهن رسمي، أو أي حق اختصاص، أخذ ضد المشتري، ولا أي بيع صدر من المشتري، ولا أي حق عيني رتبته أو ترتب ضده. إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المسجلة ديونهم ما كان لهم من حق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص506.

<sup>(2)</sup> ونصها " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتاب الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا، ولا ينتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا. يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.

<sup>(3)</sup> ونص المادة 800 كما يأتي " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا: بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا. بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما لإعلان التصريح عليه في المادة 799".

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص505.

كما صرحت بذلك المادة 806 . والحكم بالشفعة يجب تسجيله حسب ما نصت المادة 803<sup>(1)</sup> ويؤشر به على هامش تسجيل إعلان الرغبة، وعلى هامش تسجيل البيع الأصلي إذا كان هذا البيع قد سجل<sup>(2)</sup> .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

<sup>1</sup> ونص المادة 803 كما يأتي ” يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية الشفيع، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري “ .

<sup>2</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص472 .

# المبحث الخامس

## البيع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة

تمهيد : رأينا في المباحث السابقة أن الشفعة تثبت في عقد البيع. فهل كل بيع يقع تثبت فيه الشفعة  
بينت المادة 798 من القانون المدني الجزائري أن هناك بيوعا لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، لاعتبارات معينة  
لاحظها المشرع في هذه البيوع. فقد جاء في المادة 798<sup>(1)</sup> أنه لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني لإجراءات  
رسمها القانون. إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين  
الأصهار لغاية الدرجة الثانية. إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة، أو ليلحق بمحل العبادة...  
يتبين لنا من خلال المادة السالفة الذكر، أن هناك موانع تمنع الأخذ بالشفعة، تتعلق بالبيع الذي يأخذ فيه  
بالشفعة. وقبل بيان هذه الموانع نوضح نقطتين. الأولى تتعلق بالفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها. والثانية تتعلق  
بالعلة في منع الشفعة في بعض البيوع.

1 - الفرق بين موانع الشفعة ومسقطاتها : إن المانع يلغي الشفعة ابتداء، أما المسقط فيلغي الشفعة بعد  
أن تقوم. فإذا باع زوج لزوجته عقارا، كان هذا مانعا من الأخذ بالشفعة، فلا تقوم الشفعة منذ البداية. وإذا نزل  
الشفيع عن الشفعة، أو لم يأخذ بها في مواعيدها المقررة،<sup>(2)</sup> أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها،<sup>(3)</sup> أو انقضت سنة  
منذ تسجيل<sup>(4)</sup> عقد البيع دون أن يأخذ بها، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء. وهذا الضابط يغني  
عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها. فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء في بيع عقار فهناك مانع، وحيث تضيع الشفعة  
بعد قيامها فهناك مسقط<sup>(5)</sup>.

2 - علة منع الشفعة : إن الاعتبارات التي بنى عليها المشرع نصه في منع الشفعة في بعض البيوع ترجع إلى  
اعتبارات مختلفة. منها ما يرجع إلى الطريقة التي تم بها البيع، وهذا يتحقق في البيع الذي حصل بالمزاد العلني، وفقا  
لإجراءات القانون. ومنها ما يرجع إلى الاعتبارات العائلية التي تكون بين البائع والمشتري، فلم يبح المشرع للأجنبي  
أن يقتحم حرم العائلة ويأخذ العقار بالشفعة، وهذا متحقق في البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين  
الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة. ومنها ما يرجع إلى الغرض الديني الذي أعدله العقار المبيع، ويتحقق هذا في  
العقار المبيع ليكون محلا للعبادة، أو ليلحق بمحل العبادة<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> وتقابلها المادة 939 من القانون المدني المصري.

<sup>(2)</sup> كما هو مبين في المادة 799 من القانون المدني الجزائري.

<sup>(3)</sup> كما هو مبين في المواد 800، 801، 802، 803، من القانون المدني الجزائري.

<sup>(4)</sup> كما هو مبين في المادة 2/807 من القانون المدني الجزائري.

<sup>(5)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص526.

<sup>(6)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع لسابق، ج9، ص526.

والحكمة في منع أخذ الشفعة في البيع الذي يجري بالمزاد العلني يرجع إلى ما يأتي<sup>(1)</sup>:

أ - لما كان هذا البيع يجري بالمزاد العلني، وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره. وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل في المزاد، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة .

ب - لو أجزأ الأخذ بالشفعة في هذا البيع، لامتنع كثير من الناس من الدخول في المزادة، خشية الأخذ بالشفعة. فمنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايدين، والحصول على أعلى ثمن ممكن

ج - إلقاء الشفيع إذا أراد أخذ العقار إلى الدخول في المزاد، من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايدون. إذ لابد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى، حتى يرسو عليه المزاد.

## ثانيا : البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو بين الأصهار لدرجة معينة .

إذا باع المالك عقاره لمشتري تصله به صلة وثيقة من الزوجية أو القرابة أو المصاهرة، فإن هذا البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة. لأنه يغلب أن يكون البائع قد راعى اعتبارات عائلية، ولاحظ شخصية المشتري ولولا ذلك لما أقدم على البيع. وقد عدد القانون المدني الجزائري، في المادة 2/798 فئات معينة على سبيل الحصر، لا يجوز الأخذ منها بالشفعة، وهذه الفئات هي :

1 - بيع المالك لقروعه مهما نزلوا، أو لأصوله مهما علوا، فلا تقيد القرابة في هذه الحالة بدرجة معينة. فإذا باع الأب - أو الأم - عقاره لابنه أو لابنته، أو لأحفاده من جهة ابنته، أو لأحفاده من جهة بنته، مهما نزل الفرع، فإن الشفعة لا تجوز. وإذا باع الابن - أو البنت - عقاره لأبيه أو أمه، أو لجدته أو جدته من جهة أبيه، أو جده أو جدته من جهة أمه، مهما علا الأصل فإن الشفعة أيضا لا تجوز<sup>(2)</sup>.

2 - بيع الزوج لزوجته، أو بيع الزوجة لزوجها. ففي هذا البيع أو ذلك، لا يجوز الأخذ بالشفعة. أما بيع الرجل لمطلقة، أو المطلقة لزوجها السابق، أو بيع الخطيب لخطيبته، أو الخطيبة لخطيبها فتجوز فيه الشفعة. لأن الزوجية في الطلاق قد انقضت، وفي الخطبة لم تنشأ بعد. لأن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج<sup>(3)</sup> كما هو مصرح به في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري .

3 - بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشي لغاية الدرجة الرابعة. وحساب درجة القرابة نصت عليه المادة 34 من القانون المدني الجزائري، وهي تقول: "يراعي في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الأخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة". " ومعنى هذا أن الأخ

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص533 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص534 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص534 .

يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية، إذ أن الأصل المشترك بين الأخوين هو الأب. فيحسب الأخ درجة، ومنه نضع إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب، ثم نزل من الأب إلى الأخ الآخر، فيحسب هذا أيضا درجة، فهاتان درجتان. ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها بيعا لا يجوز فيه الشفعة .

ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة، إذ أن الأصل المشترك هو الجد. فيحسب العم درجة، ومنه نضع إلى الجد، وهو الأصل المشترك فلا يحسب، ثم نزل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين، للأخ درجة ولابنه درجة ثانية، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا. وقل مثل ذلك عن العمه والخال والخالة. ويكون البيع الصادر من العم أو العمه أو الخال أو الخالة، لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها، بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة، فلا تجوز فيه الشفعة. وكذلك لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله، وهكذا لأن البيع واقع بين أقارب من الدرجة الثالثة .

ويعتبر ابن العم بالنسبة لابن عمه في الدرجة الرابعة، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد. فنضع من ابن العم إلى الجد بدرجتين، ولا نحسب الجد، ثم نزل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين، فيكون مجموع الدرجات أربعاً. ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه، بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة، فلا تجوز فيه الشفعة. وكذلك قل عن بنت العم وابن العمه وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة، كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة. فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز فيه الشفعة. ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الخامسة، فتجوز فيه الشفعة<sup>(1)</sup>.

4 - بيع المالك لأصهاره لغاية الدرجة الثانية. ولحساب درجة المصاهرة، نرجع إلى المادة 35 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر". فالزوج يعتبر في الدرجة الأولى، من ناحية المصاهرة، بالنسبة لأبي زوجته، أو لابن زوجته من زوج آخر. لأن كلا من أبي الزوجة وابنها، يعتبران بالنسبة إليها في الدرجة الأولى؛ فكذا يعتبر كل منهما في الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج. وعلى ذلك يكون البيع الصادر من الزوج لأبي زوجته، أو أبي الزوجة للزوج، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبي زوجها، أو الصادر من أبي الزوج للزوجة، كل هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى، فلا تجوز فيه الشفعة .

ويعتبر في الدرجة الثانية أخو الزوجة من ناحية المصاهرة بالنسبة للزوج. لأن أبا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها في الدرجة الثانية، فكذا يعتبر في نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج. فالبيع الصادر من الزوج لأخي زوجته، أو الصادر من أخي الزوجة للزوج، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية. فلا تجوز فيه الشفعة .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، 535، 536 .

أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلاً وعم الزوجة، يعتبر في الدرجة الثالثة. بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة. لأن درجة المصاهرة هنا تجاوزت الدرجة الثانية<sup>(1)</sup>.

الحكمة في منع الشفعة في البيوع التي تجري بين الزوجين والأقارب والأصهار لدرجة معينة، تظهر في اعتبارين. الأول: اعتبار عائلي. فالشفقة عائلية قصد من ورائها إبعاد الأجنبي، على أن يقتحم حرم العائلة. والاعتبار الثاني: إعتبار متعلق بشخص المشتري، أي أن الصفقة مقصورة عليه. وهذا يعني أن الشفيع لو كان أحد أقارب البائع، أو في نفس درجة المشتري، أو في درجة أقرب من درجة المشتري، فإنه لا يجوز له أخذ العقار المبيع بالشفقة. للاعتبار المتعلق بشخص المشتري. كما لو تساهل معه في الثمن مثلاً. وعلى هذا لو صدر البيع من ابن عم لابن عمه، لم يجز الأخذ بالشفقة في هذا البيع. لأنه بيع بين الأقارب من الدرجة الرابعة. ويستوي في ذلك أن يكون الشفيع أجنبياً، أو يكون ابن عم آخر للبائع، أي في درجة المشتري. أو يكون أقرب إلى البائع من المشتري كأن يكون زوجاً، أو ابناً، أو بنتاً، أو أما، أو أخاً، أو أختاً، فمهما دنت قرابة الشفيع من المالك، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفقة أصلاً. ولذلك فلا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشتري كما تقع المفاضلة بين الشفعاء المتعددين<sup>(2)</sup>. كما سيأتي توضيحه.

### ثالثاً : العقار بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة .

إذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد أن يخصص هذه الأرض لبناء مسجد فوقها، أو لتوسيع مسجد قائم. أو لتكون دورة للمياه، أو قاعة للنساء ليؤدين فيها الصلاة أو نحو ذلك. فالعقار في هذه الحالات يكون قد بيع ليكون محل عبادة، أو ليلحق بمحل العبادة. فلا تجوز الشفعة في هذا البيع. حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه ويصوب إليه .

وعموم النص يخرج الأمر على أن ينحصر في الدين الإسلامي، بل يتناول كل دين آخر من الأديان السماوية المعروفة. فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة، كالمساجد والكنائس والبيع وغيرها من المعابد. غير أن النص لا يمكن أن يتناول عقاراً بيع لغرض ديني آخر، غير العبادة. كعقار بيع لجعل مدرسة لتحفيظ القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، أو معهداً دينياً، أو مقراً لجمعية دينية. وكذلك لا يتناول المنع عقاراً بيع ليكون مستشفى أو مصلحة أو داراً للعجزة أو أي مؤسسة اجتماعية أخرى، مهما كان نوعها. فيجوز في هذا البيع الأخذ بالشفقة<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص536، 537.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص537.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص538.



## الفصل الثاني

### الشفيع

يمكننا أن نلخص شروط الشفعة إجمالاً في أمرين اثنين، بيع عقار ووجود شفيع. وقد سبق أن رأينا في الفصل الأول كل ما يتعلق بالعقار المبيع الذي ثبت فيه الشفعة .

وفي هذا الفصل نتناول بالبحث والتوضيح من هو الشفيع الذي يحق له طلب الشفعة ؟ ما هي شروطه ؟ وما هو الحكم عند تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

تولى تفصيل هذه القضايا في مباحث ثلاثة .

المبحث الأول : من هو الشفيع ؟

المبحث الثاني : شروط الشفيع .

المبحث الثالث : تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

# المبحث الأول

## من هو الشفيع

إذا كان هناك عقار مشترك بين اثنين أو أكثر على الشيوع، وباع أحد الشركاء حصته من هذا العقار، فإن للشريك الآخر الحق في أخذ الحصة المبيعة من العقار بالشفعة. وهذا الآخذ لهذه الحصة المبيعة يسمى شفيعا. ولكن من هو هذا الشفيع الذي له حق تملك العقار المبيع، جبرا على المشتري؟ هل هو الشريك في الشيوع؟ أم المالك للرقبة؟ أم صاحب حق الانتفاع؟ أم الجار؟ وماذا استهدى كلا من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، في إثبات صفة الشفعة للشفيع؟ وماهي أوجه الشبه والاختلاف بين القانون المدني، والفقه الإسلامي، في إثبات صفة الشفعة للشفيع؟

هذا ما سنوضحه في المطالب الآتية.

المطلب الأول : الشفيع في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : الشفيع في القانون المدني الجزائري.

المطلب الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

## المطلب الأول : الشفيع في الفقه الإسلامي .

اتفق جميع الفقهاء على أن الشفيع هو الشريك في الشيع . واختلفوا فيما عدا ذلك . فذهب الحنفية والإباضية إلى أن الشفيع هو الشريك في نفس المبيع، ثم الشريك في حق من حقوق الإرفاق، ثم الجار . بهذا الترتيب .  
وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشفيع هو الشريك فقط . لأن الشفعة تثبت على خلاف القواعد والقياس، فيقتصر بها على مورد النص . وقد أيد كل فريق مذهبه بأدلة متعددة نذكرها تباعا . كما نذكر ما رد به كل فريق على الآخر . ثم نرجح ما نراه صوابا . ويكون ذلك في ثلاثة فروع .

## الفرع الأول : أدلة كل فريق على ما ذهب إليه .

استدل كل فريق على ما ذهب إليه بأدلة من السنة والمعقول نذكرها تباعا في بدين .

## البند الأول : مذهب الحنفية والإباضية وأدلتها .

ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والإباضية<sup>(2)</sup> إلى أن الشفعة تثبت للشريك في نفس المبيع . ثم للشريك في حق من حقوق الإرتفاق الخاصة، كالشرب والطريق الخاصين . ثم للجار الملاصق، ولو كان باب داره من جهة أخرى . واستدلوا على ذلك بما يأتي .

1 - قوله - صلى الله عليه وسلم - : " الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع،"<sup>(3)</sup> وقد فسروا الحديث بقولهم: المراد بالشريك هو الشريك في نفس المبيع، والمراد بالخليط هو الشريك في حقوق المبيع، والمراد بالشفيع الجار . كما قالوا أيضا : إن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء . ويعدده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك . والترجيح يتحقق بقوة السبب . لأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحا<sup>(4)</sup> .

2 - قوله - صلى الله عليه وسلم - " الجار أحق بصقبه " . والصقبة<sup>(5)</sup> هو ما يلاصق الملك ويليه . والمناسبة التي قيل فيها الحديث تؤيد ذلك . فقد سأل الشريد بن السويد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار، فقال : " الجار أحق بصقبه ما كان " رواه

<sup>(1)</sup> الغنيمي، الباب، المرجع السابق، ج2، ص106 . - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص8 . الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص166 .

<sup>(2)</sup> محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص336، 339 .

<sup>(3)</sup> ( قال عنه الزيلعي: غريب . وقال عنه ابن الجوزي: إنه حديث لا يعرف . وقال شريح: "الخليط أحق من الجار، والجار أحق من غيره" . وقال إبراهيم النخعي: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك فالجار والخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه . نصب الراية ج4، ص176) . نقلا عن الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج5، ص804 .

<sup>(4)</sup> المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص24 . - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص8 .

<sup>(5)</sup> الصقبة بالصاد، وبالسين: القرب والملاصقة . ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج6، ص292، مادة سقب . وج7، ص372، مادة سقب .

أحمد والنسائي وابن ماجه<sup>(1)</sup>. وقد أخرج البخاري لهذا الحديث قصة وهي أن أبا رافع قال للمسور بن مخزومة: ألا تأمر هذا يشير إلى سعد أن يشتري مني بيتي اللذين في داره. فقال له سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة مقطعة أو منجمة. فقال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أنني سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: الجار أحق بصقبة ما أعطيتكما بأربعة آلاف، وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاه إياها<sup>(2)</sup>.

قالوا: إن أبا رافع غير شريك لسعد، بل جار له. لأنه كان يملك بيتين في دار سعد، لأنه كان يملك شقصا شائعا من منزل سعد<sup>(3)</sup>. أي أنه يملك بيتين متميزين.

3 - وعن سمرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "جار الدار أحق بالدار من غيره" وإه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه<sup>(4)</sup>. وروى الحديث عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "جار الدار أحق بالدار" رواه النسائي وصححه ابن حبان<sup>(5)</sup>.

4 - وعن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم - "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا". رواه الخمسة إلا النسائي<sup>(6)</sup>. وقد قال طريقهما واحدا. وما ذلك إلا لكون كل منهما له حصة متعينة، تحتاج إلى طريق يكون واحدا لهما معا تارة، ولكل واحد طريق تارة أخرى<sup>(7)</sup>.

5 - إن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك، وإن لم يكن بقدر واحد. لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبي، وعساه يلحقه ضرر من جواره. لأن الناس يتقاونون في الجوار تفاوتنا فاحشا، ويتأذى بعضهم ببعض ويقع بينهم من العداوة أو المحبة ما هو معهود. والضرر بذلك دائم متأبد إن وجد. ولا يندفع ذلك إلا برضاء الجار، فإن شاء أقر الدخيل على جواره له، وإن شاء انتزع العقار بثمنه، واستراح من مفسدة هذا الجوار المتوقع<sup>(8)</sup>.

6 - كون الشفعة تثبت في العقار دون المنقول، دليل على ثبوتها للجار. لأن المنقولات لا تتأتى فيها المجاورة، وهذا هو معقول النصوص<sup>(9)</sup>.

<sup>(1)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص84.

<sup>(2)</sup> صحيح البخاري حديث رقم 2258. انظر فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص437.

<sup>(3)</sup> الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج3، ص157. ابن حجر، فتح الباري، المرجع السابق، ج4، ص438.

<sup>(4)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص84.

<sup>(5)</sup> الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج3، ص155.

<sup>(6)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص86.

<sup>(7)</sup> أطفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج11، ص338.

<sup>(8)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص5. - أطفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج11، ص338. - ابن رشد، بداية المجتهد،

المرجع السابق، ج2، ص257. - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص153.

<sup>(9)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص143.

7 - إذا كان الشريك يخاف التأذي بشريكه على وجه اللزوم، فإن الجار يخاف التأذي بالمجاورة على وجه اللزوم. لاتصال الملك بالملك في حال الشركة، واتصال الملك بالملك في حال المجاورة. فوجب بحكم عناية الشارع ورعايته لمصالح العباد، إزالة الضررين جميعاً<sup>(1)</sup>.

## البند الثاني : مذهب الجمهور وأدلتهم .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشفعة تثبت للشريك فقط . واستدلوا على ذلك بما يأتي .

1 - بما رواه البخاري عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: " إنما جعل النبي - صلى الله عليه وسلم - الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"<sup>(2)</sup> .  
فقوله ( إنما ) إثبات لما اتصل بها، ونفي عما انفصل عنها . كقوله - صلى الله عليه وسلم - " إنما الأعمال بالنيات . . . "

فإن قيل إنما نفى الشفعة بصرف الطرقات، وهي للجار غير مصروفة . قيل الطرقات التي تصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطرقه الشريك ليصل به إلى ملكه . فإذا وقعت به القسمة انصرف استطراقه من ملك شريكه، فأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تصرف أبداً . وقد روى ابن جريج عن الزهري عن أبي سلمة أو عن أبي سعيد أو عنهما جميعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة " رواه أبو داود وابن ماجه<sup>(3)</sup> .

2 - ما رواه مسلم وأبو داود من حديث أبي الزبير قال : " قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به"<sup>(4)</sup> .

3 - ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " والحديث وإن كان مرسلًا غير أن مرسل سعيد بن المسيب عند الشافعي حسن . وقد روي الحديث نفسه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنهم قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة " .

فقوله : " الشفعة فيما لم يقسم " دليل على أنه لاشفعة في المقسوم لدخول الألف واللام المستوعبة لجنس الشفعة . وقوله " فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " تصريح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة<sup>(5)</sup> .

<sup>(1)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص147 .

<sup>(2)</sup> صحيح البخاري، حديث رقم 6976. فتح الباري، المرجع السابق، ج12، ص345 .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص7 .

<sup>(4)</sup> النووي، شرح مسلم، المرجع السابق، ج11، ص46 .

<sup>(5)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص7،6 .

4 - إن الضرر اللاحق بالشركة غير موجود في الجوار . فالشركة توجب التزام في الحقوق والمرافق، والتغيير المفضي إلى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه، ولا شيء من هذا في الجوار . فالملك مفرز، ولا التزام في الحقوق<sup>(1)</sup> .

5 - إن الله فرق بين الشريك والجار شرعا وقدرا . ففي الشركة حقوق لا توجد في الجوار . فإن الملك في الشركة مختلط، وفي الجوار متميز، ولكل من الشريكين على صاحبه مطالبة شرعية، ومنع شرعي . أما المطالبة ففي القسمة، وأما المنع ففي التصرف . فلما كانت الشركة محلا للطلب ومحلا للمنع، كانت محلا للاستحقاق بخلاف الجوار . فلم يجز إلحاق الجار بالشريك، وبينهما هذا الاختلاف .

6 - إن المعنى الذي وجبت به الشفعة هو رفع مؤنة القسمة . وهي مؤنة كثيرة، والشريك لما باع حصته من غير شريكه، فهذا الدخيل قد عرضه لمؤنة عظيمة، فمكته الشارع من التخلص، منها باتزاع الشقص على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشتري . ولم يمكته الشارع من الانتزاع قبل البيع . لأن شريكه مثله ومساو له في الدرجة، فلا يستحق عليه إلا ولصاحبه مثل ذلك الحق عليه . فإذا باع صار المشتري دخيلا، والشريك أصيلا، فرجح جانبه وثبت له الاستحقاق<sup>(2)</sup> .

## الفرع الثاني : مناقشة أدلة الفريقين .

لم يسلم أي فريق بأدلة الفريق الآخر، بل رد الحنفية على أدلة الجمهور، كما رد الجمهور على أدلة الحنفية، ونحن نذكر في هذا الفرع رد كل فريق على الآخر . ويكون ذلك في بندين .

### البند الأول : ما رد به الحنفية على الجمهور .

1 - قال الحنفية<sup>(3)</sup> ردا على الجمهور، وعلى من طعن في صحة الأحاديث التي استدلو بها في إثبات شفعة الجوار : إن أحاديث شفعة الجوار رواها نحو عشرة من الصحابة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - فهي في حيز المتواتر المستفيض فلا يجوز معارضتها بأخبار الآحاد .

2 - قالوا : وعلى فرض صحة حديث جابر، فليس فيه ما ينفي إيجاب الشفعة للجار . وذلك لأن أكثر ما فيه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى بالشفعة فيما لم يقسم . ثم قال : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة .

فأما قوله " قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم " فإنه متفق على استعماله في إيجاب الشفعة للشريك، ومع ذلك فهو حكاية قضية من النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بها، وليس بعموم لفظ، ولا حكاية قول

<sup>(1)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص148 .

<sup>(2)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص148 .

<sup>(3)</sup> الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج2، ص197 .

منه . فأما قوله : " فإذا وقعت الحدود فلا شفعة " . فإنه يحتمل أن يكون من كلام الراوي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - . إذ ليس فيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قاله ، ولا أنه قضى به . وإذا احتل أن تكون رواية عن النبي - صلى الله عليه وسلم - واحتمل أن يكون من قول الراوي أدرجه في الحديث - وهذا ما أشار إليه ابن حجر في فتح الباري<sup>(1)</sup> وهو بصدد شرح حديث الباب ، وإن كان رجح رفع الحديث - فإنه لا يجوز لنا إثبات الحديث للنبي - صلى الله عليه وسلم - إذ غير جائز لأحد أن يعزي إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - مقالة بالشك والاحتمال .

3 - قالوا : والحديث الآخر وهو قوله : " قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " . فليس في هذا الحديث أيضا دلالة على نفي الشفعة بالحوار من وجهين .

الوجه الأول : أنه إنما نفي وجوب الشفعة إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فأفاد بذلك نفي الشفعة لغير الجار الملاصق . لأن صرف الطرق ينفي الملاصقة ، لأن بينه وبين جاره ملاصقة . الوجه الثاني : أنه متى حملناه على حقيقته كان الذي يقتضيه اللفظ ، نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرفت الطرق . ووقوع الحدود وصرفت الطرق إنما هو القسمة ، فكأنه إنما أفاد أن القسمة ، لاشفعة فيها<sup>(2)</sup> .

4 - ومن الجائز أن يكون الراوي نقل لفظ النبي - صلى الله عليه وسلم - وترك نقل السبب . نحو أن يختصم إليه رجلان ، أحدهما جار والآخر شريك ، فيحكم بالشفعة للشريك دون الجار . وقال : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، لصاحب النصيب المقسوم مع الجار . كما روى أسامة بن زيد أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : لاربا في النسبة . وهو عند سائر الفقهاء كلام خارج على سبب اقتصر فيه راويه على نقل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - دون ذكر السبب . وهو أن يكون سئل عن النوعين المختلفين من الذهب والفضة ، إذا بيع أحدهما بالآخر . فقال - صلى الله عليه وسلم - " لاربا إلا في النسبة " . فيما سئل عنه<sup>(3)</sup> .

5 - لا يمكن أن يكون المراد بالجار في هذه الأحاديث الشريك ، كما أول ذلك الجمهور . فأكثر الأحاديث التي رويت تنفي هذا التأويل . فقوله - صلى الله عليه وسلم - : " جار الدار أحق بشفعة داره " . والشريك لا يسمى جار الدار . وحديث جابر قال فيه : " ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقتهما واحدا " . وغير جائز أن يكون هذا في الشريك في المبيع .

وأیضا فإن الشريك لا يسمى جارا . لأنه لو استحق اسم الجوار بالشركة ، لوجب أن يكون كل شريكين في شيء جارين ، كالشريكين في عبد واحد ودابة واحدة . فلما لم يستحق اسم الجار بالشركة في هذه الأشياء ، دل على أن الشريك لا يسمى جارا . وإنما الجار هو الذي ينفرد حقه ونصيبه من حق الشريك ، ويتميز ملك كل واحد عن ملك صاحبه .

<sup>(1)</sup> ابن حجر ، فتح الباري ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 437 .

<sup>(2)</sup> الجصاص ، أحكام القرآن ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 197 .

<sup>(3)</sup> الجصاص ، أحكام القرآن ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 198 .

## البند الثاني : ما رده الجمهور على الحنفية .

قال الجمهور إن الأحاديث التي استدلت بها الحنفية، على صحة مذهبهم، غير دالة على ما ذهبوا إليه من جهة متنها، كما أن في سندها مقال .

1 - قالوا : إن قوله - صلى الله عليه وسلم " الجار أحق بصقبة " . فإنه - صلى الله عليه وسلم - أجمل الحق ولم يصرح به، فلم يجوز أن يحمل على العموم في مضمرة . لأن العموم مستعمل في المنطوق دون المضمرة . أو أنه محمول على أنه أحق بالفناء، من الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار . أو أن يكون مرتقفاً به .

وقيل : بل هو في البداية إذا اتجعوا أرضاً فنزلوها، كان جار المنزل المقارب لهم أحق بالمكان، إذا رحل النازل عنه لصقبة<sup>(1)</sup> . والصقبة : هو عمود الخيمة على هذا الاستعمال . قال البغوي : ليس في هذا الحديث ذكر الشفعة، فيحتمل أن يكون المراد به الشفعة، ويحتمل أن يكون أحق بالبر والمعونة<sup>(2)</sup> .

2 - قالوا : أما حديث " جار الدار أحق بدار الجار " . فرواية الحسن عن سمرة . وقد اختلفوا في لقاء الحسن سمرة، فقال بعضهم لم يلقه، وقال آخرون لقيه ولم يرو عنه إلا حديثاً واحداً، هو حديث العقيقة . وعلى فرض صحة الحديث، فإنه ترد عليه الاعتراضات التي قيلت في الحديث الأول " الجار أحق بصقبة " .<sup>(3)</sup>

3 - قالوا : أما قوله - صلى الله عليه وسلم - " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً " . فرواية عبد الملك بن أبي سليمان وكان ضعيفاً . وقال شعبة ولو روى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشفعة بطل حديثه . ثم يحتمل على فرض صحته، عرض هذا المبيع على جاره .

4 - قالوا : أما حديث " الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من غيره " . فهو حديث منقطع، وعلى فرض صحته، فهو محمول على أنه أحق عند الطلب وقت الشراء .

5 - قال ابن المنذر : الثابت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حديث جابر، وما عداه من الأحاديث فيها مقال . على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك، فإن الشريك جار أيضاً . ويؤيد هذا، أن كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه، فهما جاران حقيقة . ثم إن اسم الجوار يختص بالقرب، والشريك أقرب من اللصيق، فكان أحق باسم الجوار . ومن حيث الاستعمال فقد أطلق العرب اسم الجار على الزوجة لقربها . قال الأعشى<sup>(4)</sup> : بعد أن تزوج امرأة كرهه قومها، وأخذوها بالنزول عنها :

أجارتنا بيني فإنك طالقه ومومقة ما كنت فينا وواقه  
وبيني فإن الين خير من العصا وأن لا تزالي فوق رأسي بارقه

<sup>(1)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص8 .

<sup>(2)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص85 .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص9 .

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص462، 463 . - الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص9 . - ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص149 .



6 - إذا كان الشارع أعطى للجار حق الشفعة، كما أعطاهما للشريك ليدفع عنه ضرر الجار المتوقع، فإن الشارع قاصد أيضا برفع الضرر عن المشتري. " ولا يزال ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري. فإنه محتاج إلى دار يسكنها هو وعياله، فإذا سلط الجار على إخراجها، وانتزاع داره منه أضربه إضرارا بينا. وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا، وتطلبه دارا لاجار لها كالمعتذر عليه أو كالمعتسر. فكان من تمام حكمة الشارع أن أسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق، لئلا يضر الناس بعضهم بعضا ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار أن يتم له مقصوده. وهذا بخلاف الشريك، وإن المشتري لا يمكنه الانتفاع بالحصّة التي اشتراها، والشريك يمكنه ذلك بانضمامها إلى ملكه. فليس على المشتري ضرر في انتزاعها منه، وإعطائه ما اشتراها به".<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث : الترجيح .

بالنظر في رأي الفريقين، فإننا نجد أن الكل متفق على إثبات الشفعة للشريك. غير أنهم اختلفوا في إثباتها للجار. فقال بإثباتها للجار الحنفية والإباضية، وأنكرها الجمهور. ولم تسلم أدلة أي فريق من النقض والظن من طرف الفريق الآخر. وعليه فإن الصواب من الرأيين فيما يبدو لي، هو القول الوسط. وهو إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك، من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة. وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة، بل كان كل واحد منهما ملكه، وحقوق أملاكه متميزة فلا شفعة. وقد اختار هذا الرأي ابن تيمية،<sup>(2)</sup> وتلميذه ابن قيم الجوزية وهو رواية عن أحمد وقول عمر بن عبد العزيز وقول أهل البصرة، والقاضيين سوار بن عبيد الله، وعبيد الله بن الحسن العنبري. وقد أيد ابن القيم هذا الرأي بالأدلة الآتية<sup>(3)</sup>.

1 - حديث جابر عن عبد الملك أنه قال: " الجار أحق بصقبة، ينتظر به إن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا ". فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق، ونفاها به مع اختلاف الطريق، بقوله: " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ". فمفهوم حديث عبد الملك، هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة، فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه، لا يعارضه ويناقضه. وجابر روى اللفظين .

2 - حديث أبي رافع الذي رواه البخاري، والذي سبق ذكره في أدلة الحنفية والإباضية، يدل على الأخذ بالجوار حالة الشركة في الطريق. فإن البيتين اللذان أراد أبو رافع أن يبيعهما، كانا في نفس دار سعد، والطريق واحد بلا ريب .

3 - القياس الصحيح يقتضي هذا القول. فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك. والضرر الحاصل بالشركة فيها، كالضرر الحاصل بالشركة في الملك، أو أقرب إليه. ورفع مصلحة للشريك من غير مضرة

<sup>(1)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص148 .

<sup>(2)</sup> ابن تيمية، مجموع فتاوى، المرجع السابق، ج30، ص383 .

<sup>(3)</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ج2، ص149، 150، 151 .

على البائع ولا على المشتري. فالمعنى الذي وجبت لأجله شفعة الشركة في الملك، موجودة في الشركة في حقوق الملك.

4 - فإن قيل إن حديث جابر وأبا هريرة جاء فيه " فإذا وقعت الحدود فلاشفعة". فأسقط الشفعة بمجرد وقوع الحدود. فالجواب من وجهين. أحدهما: أن من الرواة من اختصر اللفظين، ومنهم من جود الحديث فذكر اللفظين، ولا يكون إسقاط من أسقط أحد اللفظين مبطلاً لحكم اللفظ الآخر. الثاني: أن تصريف الطرق داخل في وقوع الحدود، فإن الطريق إذا كانت مشتركة لم تكن الحدود كلها واقعة، بل بعضها حاصل وبعضها منتف، فوقوع الحدود من كل وجه يستلزم أو يتضمن تصريف الطرق.

## المطلب الثاني: الشفيع في القانون المدني الجزائري .

تمهيد: تبين لنا من المطلب السابق أن الشفيع في الفقه الإسلامي هو الشريك باتفاق الفقهاء، والشريك والجار على رأي الحنفية. فمن هو الشفيع في القانون المدني الجزائري؟

جاء في المادة 795 من القانون المدني الجزائري: " يثبت حق الشفعة ... لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة. للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي. لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها "

يتبين لنا من خلال هذا النص أن الشفيع في القانون المدني الجزائري، هو مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع، والشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع، وصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة .

وقبل بيان مراتب الشفيع الثلاثة، نبين أولاً الاعتبارات التي استهدى بها المشرع في إثبات صفة الشفعة للشفيع. وهما اعتباران، أحدهما غريب عن الفقه الإسلامي، والثاني موافق له، بل هو محل اتفاق بين جميع الفقهاء .

الاعتبار الأول: ويمثل هذا الاعتبار في إعطاء صفة الشفيع لمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية، بضم حق الانتفاع إلى الرقبة. وفي إعطاء صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يجمع شتات الملكية، بضم الرقبة إلى حق الانتفاع وهذا هو الاعتبار الغريب عن الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>. الذي سنوضحه في المطلب الثالث .

أما الاعتبار الثاني والذي هو محل وفاق مع الفقه الإسلامي، ومحل اتفاق بين فقهاء. وهو إثبات صفة الشفيع للشريك في الشيوع، إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي، وذلك لكي لا يقتحم الأجنبي نطاق الشركاء في الملكية الشائعة، والتقليل من عدد الشركاء كلما أمكن ذلك<sup>(2)</sup>. كما أنه في هذه الحالة أيضاً وهي حالة بيع أحد

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9 ص542 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص543 .

الشركاء حصته لغير شركائه، فإن الشفعة تعد من التدابير والطرق غير المباشرة المؤدية إلى إزالة الشيوخ أو إلى تخفيفه بتقليل عدد الحصص، وجمع بعض ملكياتها إلى بعض<sup>(1)</sup>.

وبما أن المادة 795 قد رتبت الشفعة في مراتب ثلاثة، فنسعرضهم بهذا الترتيب الذي ذكرته المادة السالفة الذكر، في ثلاثة فروع تباعا .

## الفرع الأول : مالك الرقبة .

تثبت صفة الشفيع في المرتبة الأولى، " لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة " المادة 1/795. إن الذي نلاحظه في هذه الحالة أن الذي يكتسب بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية، بل هو حق الانتفاع، لأن البيع انصب عليه . فالشفعة تكون في هذه الحالة سببا لكسب حق الانتفاع. كما بينت ذلك المادة 844<sup>(2)</sup> من القانون المدني الجزائري، وليس سببا لكسب حق الملكية. وتوضيح هذه الحالة تقتض عدة فروض .

الفرض الأول : لو فرضنا أن هناك عقار مملوك لشخص، وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر. فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه، كان لملك العقار، وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة فقط، أن يشفع في حق الانتفاع المبيع. فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة جمع شتات ملكيته، وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة. وهذه هي الحكمة والمقصد الذي من أجله أعطي مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع .

الفرض الثاني : إذا رتب مالك العقار حق الانتفاع لشخصين أو أكثر على الشيوخ، فإذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الانتفاع، كان لملك الرقبة أن يشفع في هذه الحصبة المبيعة. فلو كانت الحصبة المبيعة هي النصف فقد أصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار. ومالكا لرقبة النصف الآخر، وهو إذا لم يتمكن في هذا الفرض من جمع شتات الملكية على وجه تام فإنه تمكن من جمع شتاتها في النصف الآخر، ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يراحم مالك الرقبة في أخذ الحصبة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوخ<sup>(3)</sup>.

الفرض الثالث : يملك رقبة العقار اثنان في الشيوخ مناصفة، ويرتب الاثنان معا على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر. فهل إذا باع صاحب حق الانتفاع حقه، يجوز لمالكي الرقبة أخذ هذا الحق بالشفعة؟ اتفق الفقهاء على أنه إذا بيع حق الانتفاع، فإنه يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة المبيعة كلها. أما إذا طلب الشفعة أحد مالكي الرقبة دون الآخر فقد اختلف الفقهاء على رأيين :

(1) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص264 .  
(2) ونصها " يكتسب حق الانتفاع، بالتعاقد والشفعة وبالتقدم أو بمقتضى القانون... " .  
(3) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص545 .

الرأي الأول: يرى انه إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله، فإن أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من حق المنفعة، الذي يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تجزأ الصفقة. كما لا يستطيع أن يشفع وحده في حق المنفعة كله، لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائه<sup>(1)</sup>.

أما الرأي الثاني: فإنه يرى أن أحد مالكي الرقبة يستطيع وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع. وهو النصف المناسب للنصف الذي يملكه في الرقبة، فيعود كما كان مالكا لنصف العقار في الشروع ملكية تامة رقبة وانتفاعا، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذي لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة، ويبقى للمشتري نصف حق الانتفاع<sup>(2)</sup>.

غير أن لمشتري حق الانتفاع الحق في الاعتراض بعدم تفرق الصفقة عليه، فيطلب من مالك نصف الرقبة الذي أراد الأخذ بالشفعة، إما أخذ كل حق الانتفاع أو ترك الشفعة. فإن استجاب مالك نصف الرقبة لطلب المشتري وأخذ كل حق الانتفاع، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة رقبة وانتفاعا، ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر، وإن لم يستجب لطلب المشتري وترك أخذ الشفعة، خلص للمشتري حقه كاملا في الانتفاع، وبقي مالكا للرقبة كما هما مالكين في الشروع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة<sup>(3)</sup>.

الفرض الرابع: وهو أن يملك رقبة عقار اثنان في الشروع مناصفة، ويرتبان معا حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشروع مناصفة، فإذا باع أحد صاحبي حق الانتفاع النصف الشائع الذي يملكه، جاز للمالكي الرقبة أن يأخذا معا هذا النصف بالشفعة، كذلك يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه. وإذا باع صاحبا حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد جاز للمالكي الرقبة أن يأخذه بالشفعة، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع المناسب لحقه في الرقبة، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيتحتم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا<sup>(1)</sup>.

وقد نصت المادة 856 من القانون المدني الجزائري والمادة 997 من المدني المصري على أنه "لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوي". فإذا حصل تنازل عن حق الاستعمال أو حق السكن، فإن لمالك الرقبة أخذ ذلك بالشفعة. وتسري كافة الأحكام التي تم ذكرها في خصوص حق انتفاع.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص490، 491.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص545.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص546.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص547.

## الفرع الثاني : الشريك في الشيووع .

وتثبت صفة الشفعة في المرتبة الثانية " للشريك في الشيووع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي " المادة 2/795 مدني جزائري . من خلال هذا النص يتبين لنا أنه لا تثبت صفة الشفع للشريك في الشيووع، إلا إذا توافرت شروط ثلاثة. أن يكون هناك عقار شائع، وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة، وأن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي .

**الشرط الأول :** أن يكون هناك عقار شائع بين الشركاء . فلو كان العقار مقسما إلى أجزاء مفرزة، لكل شريك جزء مفرز اختص به فلا تكون شفعة . لأنه بعد القسمة يصبح الشركاء جيرانا، وهنا تثبت الشفعة على أساس الجوار، على مذهب من يقول به . لاعلى أساس الشركة في الشيووع، لأنه لم يعد للشركة وجود<sup>(1)</sup> .

والحائط المشترك الفاصل بين عقارين، والفناء المشترك، والطريق المشترك والمجرى المشترك بين عقارين، كل هذه ليست حالات للشركة في الشيووع، بل هي عقارات متجاورة . والشفعة بينهما تكون بالجوار إذا توافرت شروطه<sup>(2)</sup> .

والمقصود بالعقار الشائع، هو العقار المملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء في الشيووع، ولكنه يشمل أيضا رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع . فتكون رقبة العقار عقارا شائعا، إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء في الشيووع، ويشمل أيضا حق الانتفاع إذا انفصلت عنه الرقبة، فيكون حق الانتفاع بعقار شائعا إذا كان هذا الحق مملوكا لعدد من الشركاء في الشيووع<sup>(3)</sup> . واعتبار كلا من حق الرقبة، وحق الانتفاع في العقار عقارا، هو صريح المادة 684 من القانون المدني الجزائري، والمادة 83 من القانون المدني المصري . حيث ورد فيها "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار . . ."

وفي هذا المقام يجب أن نفرق بوضوح بين مالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة، وبين مالك الرقبة باعتباره مالكا في الشيووع .

فمالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع . وهذا صريح المادة 1/795 إذ تقول "إن حق الشفعة يثبت لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب لها " ومرتبة الشفع هنا هي المرتبة الأولى بين الشفعاء .

أما مالك الرقبة باعتباره مالكا في الشيووع، إذ يشفع في حصة شائعة في الرقبة، لا في حق الانتفاع، فإنه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشيووع لعقار شائع هو الرقبة، لا باعتباره مالكا للرقبة، ومرتبته هنا هي المرتبة الثانية بين الشفعاء . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقبة .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص548 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص549 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص552 .

وهذا صريح المادة 3/795، إذ تقول: "إن حق الشفعة يثبت... لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها...". ومرتبته هنا هي المرتبة الثالثة بين الشفعاء.

أما صاحب حق الانتفاع، باعتباره مالكا في الشروع، إذا شفع في حصة شائعة في حق الانتفاع، لا في الرقبة، فإنه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا في الشروع لعقار شائع، هو حق الانتفاع. لا باعتباره صاحب حق انتفاع ومرتبته هنا هي المرتبة الثانية بين الشفعاء.

وهناك خلاف بين الفقهاء في صاحب حق الانتفاع باعتباره شريكا مشاعا، هل يحق له أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة، في حق الانتفاع باعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي أم لا يحق له ذلك؟ رأيان في المسألة. فرأي يذهب إلى أنه لا يجوز لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في حصة شائعة باعها شريك في هذا الحق لأجنبي مستدلين على ذلك بما يأتي<sup>(1)</sup>.

إن المادة 2/795 مدني جزائري، والمادة 936 مدني مصري، أعطت حق الشفعة للشريك في الشروع إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي. فالذي له حق الشفعة هو الشريك في الملك، لا الشريك في حق الانتفاع. كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق في الشفعة، إلا إذا بيعت الرقبة.

وحكمة ثبوت الشفعة لمالك الرقبة، وثبوتها لصاحب حق الانتفاع، هي جمع ما تفرق من حق الملكية، لا جمع ما تفرق من حق الانتفاع. ولو كان قصد القانون إعطاء الشريك في الانتفاع الحق في الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه، لنص على ذلك صراحة. وخاصة وقد نص صراحة على حق المنتفع في الشفعة إذا بيعت الرقبة، وعلى حق مالك الرقبة في الشفعة إذا بيع الانتفاع المناسب لها. ولم يذكر الشريك الذي له حصة في حق الانتفاع المبيع. ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية، ثبتت على خلاف القواعد والقياس، وعليه فلا يجوز التوسع كثيرا في النصوص الخاصة بها. كما أن الشفعة لا تكون إلا طريقا من طرق الملك، وهي ليست طريقة لكسب حق الانتفاع إلا استثناء، والاستثناء يجب أن يكون صريحا.

وهناك رأي ثان مخالف للرأي الأول يقول: إن الشريك في حق الانتفاع له أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة في حق الانتفاع باعها شريك آخر في هذا الحق لأجنبي. ويستدل على ذلك بأن عبارة الشريك في الشروع الواردة في النص السالف الذكر تشمل الشريك في حق الانتفاع، كما تشمل الشريك في حق الملكية، لأن كليهما شريك في العقار المبيع. ولأن المصلحة في استبعاد الأجنبي عند قيام حالة الشروع متحققة في حالة الانتفاع كما هي متحققة في حالة الملكية. وعلى هذا يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب في هذه الصورة من طريق الشفعة، ويكون الشفيع في هذه الحالة صاحب حق الانتفاع، لامالك العقار، ولعل هذا ما جاء في المادة 844 من القانون المدني الجزائري، والمادة 985 من القانون المدني المصري<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص553.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص1219.

ولعل أصوب الرأيين هو الرأي الثاني . لأن هناك فرق بين صاحب حق الانتفاع الذي له حق أخذ الشفعة في الرقبة المبيعة كما نصت على ذلك صراحة المادة 3/795 . ومرتبة الشفع في هذه الحالة هي المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، وبين صاحب حق الانتفاع الذي له حق أخذ الشفعة كشريك مشتع في حصة شائعة في حق الانتفاع ، شأنه في ذلك هو شأن الشركاء في الشيوخ . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني الجزائري ، والمادة 936 من القانون المدني المصري .

وخلاصة القول في العقار الشائع أمران اثنان<sup>(1)</sup> :

**الأمر الأول :** إن رقبة العقار التي انفصل عنها حق الانتفاع هي نفسها عقار . قد يملكها عدة شركاء في الشيوخ ، فإذا بيعت حصة شائعة من هذه الرقبة كان لها شفيعان ، الأول شريك مشتع في الرقبة ويشفع باعتباره مالكا في الشيوخ ، أي باعتباره شفيعا في الدرجة الثانية . والثاني صاحب حق انتفاع وهو الحق الذي انفصل عن الرقبة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أي باعتباره شفيعا في الدرجة الثالثة . فإذا تراحم هذان الشفيعان قدم من كان في المرتبة الثانية على من كان في المرتبة الثالثة . فيقدم الشريك المشتع في الرقبة لأنه في الدرجة الثانية على صاحب حق الانتفاع لأنه في الدرجة الثالثة .

**الأمر الثاني :** إن حق الانتفاع الذي انفصل على الرقبة هو نفسه عقار . قد يملكه عدة شركاء في الشيوخ . فإذا بيع نصيب شائع في حق الانتفاع كان له شفيعان ، الأول مالك الرقبة وهو الحق الذي انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكه باعتباره مالكا للرقبة ، أي باعتباره شفيعا في المرتبة الأولى . والثاني شريك مشتع في حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا في الشيوخ ، أي باعتباره شفيعا في المرتبة الثانية . فإذا تراحم هذان الشفيعان قدم من كان في المرتبة الأولى ، على من كان في المرتبة الثانية . فيقدم مالك الرقبة على الشريك المشتع في حق الانتفاع .

**الشرط الثاني :** أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فلو باع جزءا مفرزا من المال الشائع ، فلا يجوز

أخذه بالشفعة . لأن الشفعة لا تثبت إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لأجزاء مفرزا ، ذلك أن شراء المشتري لجزء مفرز لا يجعله شريكا في الشيوخ مع الشركاء الآخرين فتعدم بذلك حكمة الشفعة . وعليه فيجب تفسير عبارة " إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي " الواردة في المادة 2/795 . بأن لفظ جزء مقصود به نصيب شائع ، أو حصة شائعة . وكما لا يجوز للشريك المشتع أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر ، كذلك لا يجوز لمشتري هذا الجزء المفرز أن يشفع في حصة شائعة من العقار ، باعها شريك مشتع . ذلك أن المشتري للجزء المفرز ، لا يصبح مالكا في الشيوخ مع الشركاء المشاعين . فلا يجوز له أن يشفع في حصة شائعة في العقار باعها شريك مشتع<sup>(2)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ج9 ، ص 554 .

<sup>(2)</sup> السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ج8 ، ص 856 . وج9 ، ص 550 .

**الشرط الثالث :** أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي . فلو باع الشريك المشاع حصته الشائعة إلى شريك مشاع مثله، لما جاز لشريك مشاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . وهذا هو صريح المادة 2/795 من القانون المدني الجزائري، والمادة 2/936 من القانون المدني المصري . حيث جاء فيها " إذا بيع جزء من العقار الشائع إلى أجنبي .. كما أن المادة 3/796 مدني جزائري، والمادة 3/937 مدني مصري، تنص على أنه " إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .. فإن كان مشتري الحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشروع، تقدم على شفيح مثله شريك في الشروع، لأنه شفيح من نفس طبقته . وإنما يأخذ الشريك في الشروع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة، إذا كان الذي اشترى هذه الحصة أجنبيا . لأن الشفيح في هذه الحالة يكون من طبقة أعلى فيفضل المشتري<sup>(1)</sup> .

### الفرع الثالث : صاحب حق الانتفاع .

وتثبت صفة الشفيح في المرتبة الثالثة . "لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .. كما هو صريح المادة 3/395 من القانون المدني الجزائري .

ويتبين من هذا النص، أن صاحب حق الانتفاع، يشفع في الرقبة إذا بيعت كلها أو بعضها، وترتيبه يأتي في الدرجة الثالثة بين الشفعاء . أما إن كان يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع، فإنه يأتي في الدرجة الثانية شأنه في ذلك شأن سائر الشركاء في الشروع كما سبق توضيحه . وحديثنا الآن منصب على صاحب حق الانتفاع عندما يشفع في الرقبة . ويمكن أن تصور ذلك في عدة فروض، كما سبق أن بينا في شفعة مالك الرقبة في حق الانتفاع .

**الفرض الأول :** لو فرضنا أن هناك عقار مملوك لشخص، رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر فأصبح بذلك مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فإذا باع مالك الرقبة التي يملكها، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع في الرقبة المبيعة فيجمع بذلك ما تفرق من الملكية، إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة . وهذه هي الحكمة والمقصد الذي من أجله أعطي لصاحب حق الانتفاع الشفعة في الرقبة<sup>(2)</sup> .

**الفرض الثاني :** عقار يملكه شخصان مناصفة على الشروع، ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد، فيصبحان مالكين لرقبة العقار في الشروع فقط . فإذا باع أحدهما النصف الذي يملكه في الرقبة، كان لهذا النصف المبيع شفيهان .

**الأول مالك النصف الآخر للرقبة،** ويعتبر شريكا في الشروع، وطبقته الثانية بين طبقات الشفعاء . والثاني صاحب حق الانتفاع، وطبقته الثالثة بين طبقات الشفعاء . فيقدم في أخذ الشفعة مالك النصف الآخر للرقبة

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص551 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص555 .



باعتباره شريكا في الشئوع لتقدم طبقته. فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز لصاحب حق الانتفاع أن يأخذ بها. فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع النصف المبيع من الرقبة بالشفعة، جمع شتات ملكية العقار في نفسه، إذ يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف، ويظل صاحب حق انتفاع في النصف الثاني من العقار. فإذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذي يملكه، فيأخذه بالشفعة صاحب حق الانتفاع، باعتباره صاحب حق انتفاع يشفع في الرقبة، أو باعتباره شريكا في الرقبة، فيملك العقار في الحالين كليهما ملكية تامة رقبة وانتفاعا. ويكون بذلك قد جمع ما تفرق من حق الملكية على وجه تام وكامل<sup>(1)</sup>.

الفرض الثالث: يملك العقار شخص واحد، ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين في الشئوع مناصفة، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار فقط. فهل إذا باع مالك الرقبة رقبته يجوز لصاحبي حق الانتفاع أخذ هذه الرقبة بالشفعة؟

اتفق الفقهاء على أنه إذا بيعت الرقبة، فإنه يجوز لصاحبي حق الانتفاع أن يشفعا معا في الرقبة المبيعة كل بقدر نصف حق الانتفاع الذي يملكه، فيصبحان بذلك مالكين للعقار ملكية تامة مناصفة بينهما. أما إذا طلب الشفعة أحد صاحبي حق الانتفاع دون الآخر، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين.

الرأي الأول: يرى أنه "إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها فإن أحدا من المنتفعين، لا يستطيع أن يشفع وحده في الجزء من الرقبة الذي يقابل حق انتفاعه. حتى لا تتجزأ الصفقة. كما لا يستطيع أن يشفع وحده في كل الرقبة، لأنه لا يملك الشفعة في بعض أجزائها. ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في الرقبة كلها، لأن الصفقة في هذه الحالة لا تتجزأ. كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه"<sup>(2)</sup>.

الرأي الثاني: ويرى أنه يستطيع أحد صاحبي حق الانتفاع، أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة المناسب للنصف الذي يملكه في حق الانتفاع. فيصبح مالكا لنصف العقار في الشئوع ملكية تامة رقبة وانتفاعا. ويبقى النصف الآخر من العقار مقسما بين صاحبي حق الانتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة، وقد أصبح الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف الآخر بالشفعة<sup>(3)</sup>.

غير أن لمشتري الرقبة حق الاعتراض بعدم تفرق الصفقة عليه. فيطلب من صاحب حق الانتفاع الذي أراد الأخذ بالشفعة، إما أخذ كل الرقبة أو ترك الشفعة، ولا يبعث الصفقة بأخذ نصف الرقبة وترك النصف الآخر.

فإن استجاب صاحب نصف حق الانتفاع لطلب المشتري، وأخذ كل الرقبة المبيعة أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة رقبة وانتفاعا، ومالكا للرقبة في النصف الآخر. وإن لم يستجب لطلب المشتري وترك الشفعة،

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص556.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص557.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص556.

خلص للمشتري حقه كاملا في الرقبة التي اشتراها . وبقي مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق في الشيوخ بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة<sup>(1)</sup> .

الفرض الرابع : وهو أن يملك العقار اثنان في الشيوخ مناصفة، ويرتبان معا حق انتفاع لمصلحة شخصين في الشيوخ مناصفة أيضا . فإذا باع أحد مالكي الرقبة النصف الشائع الذي يملكه في الرقبة، جاز للمالكي حق الانتفاع أن يأخذا معا هذا النصف بالشفعة، ما لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة، فيأخذه لأنه شريك في الشيوخ وطبقته مقدمة على طبقة صاحبي حق الانتفاع . كذلك يستطيع أحد مالكي حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيعة بالشفعة، إذا لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة . ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفرق عليه . وإذا باع مالك الرقبة كل الحق لمشتري واحد، جاز لصاحبي حق الانتفاع أن يأخذه معا بالشفعة . وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة المناسبة لحقه في الانتفاع، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيتحتم عندئذ على هذا الشفيع، إما أن يأخذ كل الرقبة، أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا<sup>(2)</sup> .

وتسري الأحكام التي تم ذكرها على حق الاستعمال وحق السكن، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل . أو كان ذلك جائزا على سبيل الاستثناء . لأن المادة 857 من القانون المدني الجزائري، والمادة 998 من القانون المدني المصري، تنص على أنه تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال، وحق السكن، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين، وذلك مع مراعاة الأحكام المقدمة<sup>(3)</sup> .

### المطلب الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني .

تمهيد : تبين لنا من خلال المطلب الأول، أن الشفيع في الفقه الإسلامي، هو الشريك في الشيوخ فقط على رأي جمهور الفقهاء . وقال الحنفية والإباضية إن الشفيع هو الشريك في الملك أولا، ثم الشريك في حق من حقوق الإرتفاق ثانيا، ثم الجار أخيرا .

كما تبين لنا أيضا من خلال المطلب الثاني، أن الشفيع في القانون المدني الجزائري، هو مالك الرقبة، ثم الشريك في الشيوخ، ثم صاحب حق الانتفاع بهذا الترتيب .

فيوضح لنا إذن أن الفقه الإسلامي والقانون قد اتفقا، في إعطاء صفة الشفيع للشريك في الشيوخ . واختلفا في الجار، وفي مالك الرقبة، وفي صاحب حق الانتفاع .

أما فيما يخص الجوار كسبب من أسباب استحقاق الشفيع، فقد أخذ به الفقه الإسلامي، على مذهب الحنفية والإباضية، وأخذ به القانون المدني المصري . غير أن القانون المدني الجزائري لم يأخذ به، إن كانت القوانين الجزائرية لم تستبعد الجوار كسبب من أسباب الشفيع . فقد نصت المادة 57 من القانون 90 - 25 المؤرخ في 18

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص557 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص558 .

نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، على أن حق الشفعة يمتد إلى الجوار، إذا كان القصد من وراء ذلك هو تحسين الهيكل العقاري في المستثمر الفلاحية. وبهذا القانون تقترب المسافة نوعاً ما بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. فلم يبق الخلاف إذن إلا في مالك الرقبة، وصاحب حق الانتفاع. وسبب الاختلاف يرجع إلى نظرية كل من الشريعة الإسلامية والقانون في حق الانتفاع. ونوضح ذلك في فرعين اثنين .

## الفرع الأول : نظرية القانون المدني في حق الانتفاع .

يرى القانون أن حق الانتفاع هو الحق العيني باستعمال واستغلال شيئاً مملوكاً للغير، وينتهي حتماً بموت المنتفع<sup>(1)</sup> .

فحق الانتفاع هو حق عيني، يشتمل على عنصرين من عناصر الملكية الثلاثة وهما، حق الاستعمال، وحق الاستغلال. فيجسد حق الانتفاع الملكية من هذين العنصرين، ولا يبقى لها إلا حق التصرف. ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع، ملكية غير كاملة، وتسمى ملكية الرقبة. ويجمع حينها حقان عينيان في المال الواحد، حق الرقبة للمالك، وحق الانتفاع للمنتفع. ومالك الرقبة والمنتفع ليسا شريكين في الشيوع، إذ الشيوع لا يكون إلا في حقوق من طبيعة واحدة، تتراحم على الشيء الواحد. وطبيعة حق الرقبة تختلف عن طبيعة حق الانتفاع<sup>(2)</sup> .

وعلى هذا الأساس لو كان حق الانتفاع محله عقاراً، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقارياً، يجوز رهنه رهناً رسمياً<sup>(3)</sup> .

ولما كان حق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المنتفع. فهذا يعني أن يرجع هذا الحق إلى مالك الرقبة، فتعود لهذا الأخير ملكية العين كاملة. وهذا يعني من جهة أخرى أن يكون الشيء المنتفع به باقياً بعد نهاية حق الانتفاع، سواء بموت المنتفع، أو بنهاية مدته. وهذا يعني من جهة ثالثة، أن يكون الشيء المنتفع به غير قابل للاستهلاك<sup>(4)</sup> .

وبناء على أن حق الانتفاع هو حق عيني، يقع على شيء غير قابل للاستهلاك وينتهي حتماً بموت المنتفع. فإن هذا الحق يكتسب بأحد الطرق الأربعة، وهي الوصية والعقد والشفعة والتقدم. وهذا ما صرحت به المادة 844 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها " يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد، وبالشفعة، والتقدم، أو بمقتضى القانون . . . ". فيكتسب حق الانتفاع ابتداءً بالوصية، وانتقالاً بالشفعة، ويكتسب ابتداءً وانتقالاً بالعقد والتقدم<sup>(5)</sup> .

(1) كما هو واضح من المادة 852 من القانون المدني الجزائري .

(2) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص1202 .

(3) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص1201 .

(4) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص1203، 1205 .

(5) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص1212 .

ولما كان حق الانتفاع حقا عينيا، فقد أعطى القانون لصاحبه أخذ الرقبة المبيعة بالشفعة، ليجمع شتات الملكية. كما أعطى من جهة أخرى حق الشفعة لصاحب الرقبة، ليأخذ الانتفاع المبيع بالشفعة ليجمع هو أيضا شتات الملكية .

## الفرع الثاني : نظرية الفقه الإسلامي في حق الانتفاع .

تختلف نظرية الفقه الإسلامي، عن نظرية القانون فيما يخص حق الانتفاع. سواء من حيث عينيته، أو من حيث الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع. ونوضح ذلك في بندين اثنين :

### البند الأول : حق الانتفاع ليس حقا عينيا .

لم يعتبر الفقه الإسلامي حق الانتفاع حقا عينيا . كما أنه لم يقر انفصال الرقبة عن حق الانتفاع، إلا في حالات نادرة واستثنائية . لأنه خلاف الأصل في الملكية، التي من خصائصها أن تتبع المنفعة الرقبة، إذ لافائدة من ملكية جردت من حق الانتفاع<sup>(1)</sup> . ولأن انفصال الرقبة عن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال، فلا المنفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة . ولإمالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشتريا للرقبة هي عاطلة عن حق الانتفاع، فيصبح المال في وضع اقتصادي غير مرغوب فيه ولعل هذا ما جعل القانون يجعل حدا أقصى لحق الانتفاع، وهو حياة المنفع . فلا يورث حق الانتفاع بل ينتهي حتما بموت المنفع، فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة، ويرجع المال إلى وضعه العادي .

هذه الحالات الاستثنائية التي تنفصل فيها الرقبة عن المنفعة، لا تكون إلا في صورتين كلاهما في الوصية، حيث تسومح فيه تشجيعا على أعمال البر في نهاية حياة الإنسان<sup>(2)</sup> .

الصورة الأولى : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد وفاته مدة معينة، أو مدة حياة الشخص الموصي له . ففي مدة حياة الموصي له، أو مدة انتفاعه، يكون هو المالك للمنفعة، وليس لورثة الموصي إلا الرقبة وحدها<sup>(3)</sup>

الصورة الثانية : إذا أوصى مالك العين لشخص بمنفعة العين مدة معينة، أو مدة حياته، وأوصى لآخر برقبته . فإن الموصي له بالعين يكون مالكا لرقبته فقط مدة انتفاع الموصي له بالمنفعة، حتى تنقضي بانتها المدة المحددة له، أو بموته .

وفي كلا هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتا بمدة استحقاق المنفع للمنفعة . فإذا انتهت مدة المنفعة، سواء بموت المنفع، أو بانتها المدة، عادت المنفعة إلى مالك الرقبة، وتصبح المنافع والرقبة ملكا لصاحب الرقبة

<sup>(1)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص259 .

<sup>(2)</sup> المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص252، 253، 254 . مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص342، 343 .

<sup>(3)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص452 .

على حكم الأصل، فيصير ملكه ملكا تاما. فهذا الشكل الذي تجرد فيه الرقبة عن حق الانتفاع، في الفقه الإسلامي، هو حالة استثنائية تثبت مؤقتة، ثم تؤول دائما إلى ملك تام<sup>(1)</sup>.

والأصل في ملك الرقبة وحدها، هو جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة. وذلك جائز عند جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup> لأن المنافع في معنى الأموال. ومنعه ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر<sup>(3)</sup> وابن عبد البر من المالكية. لأن المنافع متقلة إلى ملك الوارث، ولأن الميت لا ملك، له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك الغير.

### البند الثاني : الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع .

ويثير الفقهاء في هذا الموضوع مسألة ملك المنفعة، وحق الانتفاع، هل هما شيء واحد؟ أم هما شيان متغايران؟

يرى الحنفية<sup>(4)</sup> أنه لا فرق بين ملك المنفعة، وحق الانتفاع، وهما شيء واحد. فللمنتفع أن ينتفع بنفسه، أو أن يملك غيره المنفعة. إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة. فمن وقف داره لسكنى الطلاب، كان للطالب حق السكن فقط. وحق الانتفاع بالمرافق العامة، كالمدارس والجامعات والمستشفيات مقيد بالمنتفع فقط، وليس له تملك غيره.

غير أن المالكية<sup>(5)</sup> والشافعية يرون أن هناك فرق، بين ملك المنفعة وحق الانتفاع. ويمكن أن نسجل في هذا الصدد فروقا من نواح ثلاثة، من حيث المعنى وحدوده، ومن حيث المنشأ، ومن حيث الأثر .

أ - من حيث المعنى : فملك المنفعة هو ذلك الاختصاص الحاجز، الذي يرد في تعريف الملك كحق المسأجر في منافع العين المؤجرة، وحق الموقوف عليه في منافع الوقف، ففي كل ذلك معنى الملكية وقوتها. أما حق الانتفاع : فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون الامتلاك، كحق الجلوس في الأسواق والمساجد، واستعمال الطرق والأنهار، وغير ذلك من المرافق العامة. فملك المنفعة أقوى، لأن فيه حق الانتفاع وزيادة<sup>(6)</sup>.

ب - أما من حيث المنشأ : فملك المنفعة ينشأ بأحد عقود أربعة وهي : الإجارة والإعارة، والوصية، والوقف. أما حق الانتفاع فهو أعم سببا فينشأ ضمن ملك المنفعة بهذه العقود الأربعة، ويثبت أيضا بسببين آخرين لا يوجبان الملك وهما<sup>(7)</sup>:

<sup>(1)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص260. - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص69.

<sup>(2)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص335. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص452.

<sup>(3)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص323.

<sup>(4)</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج5، ص493.

<sup>(5)</sup> القرافي، الفروق، المرجع السابق، ج1، ص187، الفرق 30.

<sup>(6)</sup> أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص71. - الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص285.

<sup>(7)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص286. - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق، ص72.

1- كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة، أو لفريق منهم دون أن يملكها أحد منهم ملكية خاصة، كالأنهر والطرق والمدارس والمستشفيات، فهذه من قبيل حق الانتفاع لأملاك المنفعة .

2- إباحة المنفعة من مالك العين، سواء كانت الإباحة لشخص معين، أو غير معين، كما لو أذن للغرباء بالنزول في داره<sup>(1)</sup> .

ج - أما من حيث الأثر : فإن ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف المالك في أملاكهم، ضمن حدود العقد الذي ملكه إياه، فيحق له تملك المنفعة التي استفاد ملكيتها . أما صاحب حق الانتفاع فليس له إلا أن ينتفع بنفسه، دون أن يؤجر أو يعير أو يبيع لغيره<sup>(2)</sup> .

وخلاصة القول : فإن حقوق صاحب حق الانتفاع أوسع في القانون منها في الشريعة، فمالك المنفعة في القانون المدني له جميع حقوق المالك فيما ملك، وعلى قدر ملكه، فله الانتفاع بالشيء مباشرة أو بالواسطة كالإجارة أو الشركة، وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن ويرتب عليه حقوق ارتفاق، وأن يتصرف بالبيع والبدل وغير ذلك من التصرفات ، فقد أعطى القانون لصاحب حق الانتفاع من التصرفات وسوغ له من العقود، ما لم تسوغه الشريعة، فالمنتفع له أن يرهن حق انتفاعه، ولكن ذلك لا يجوز في الفقه الإسلامي، وصاحب حق الانتفاع يجوز له أن يأخذ بالشفعة، وليس له ذلك في الفقه الإسلامي

<sup>(1)</sup> ذكر صاحب تهذيب الفروق عند تعريفه للملك ما يفيد أن في المسألة قولان: الأول أن المالك لا يتناول الإذن بالانتفاع. والثاني أنه يتناول الإذن بالانتفاع. وهو الصحيح. انظر الفرق 180، بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف. على هامش الفروق، المرجع السابق، ج3، ص 234 .

<sup>(2)</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص 287 .

# المبحث الثاني

## شروط الشفيع

تبين لنا من خلال المبحث الأول أن الشفيع في الفقه الإسلامي هو الشريك باتفاق الفقهاء، والشريك والجار على رأي الحنفية. وأن الشفيع في القانون المدني الجزائري، هو مالك الرقبة، والشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ماهي الشروط التي يجب توفرها في هذا الشفيع حتى يحق له أن يتقدم لأخذ العقار المشفوع فيه ؟

بالنظر في نصوص الفقه والقانون يمكن لنا أن نقول: إن الشروط الواجب توفرها في الشفيع حتى يحق له طلب الشفعة هي: أن يكون مالكا للعقار المشفوع به. وأن يتوفر على الأهلية الواجبة. وأن لا يرضى بالبيع وحكمه. وأن لا يكون ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه.

واليك توضيح هذه الشروط في أربعة مطالب .

المطلب الأول : ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه .

المطلب الثاني : توفر الأهلية الواجبة .

المطلب الثالث : عدم رضا الشفيع بالبيع .

المطلب الرابع : ألا يكون الشفيع ممنوعا من شراء العقار المشفوع فيه .

## المطلب الأول : ملكية الشفيع للعقار المشفوع به .

ونوضح هذا المطلب في فرعين اثنين . الأول: استمرار ملكية الشفيع للعقار المشفوع به من وقت البيع إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة . الثاني: ألا يكون العقار المشفوع به موقوفا .

### الفرع الأول : استمرار ملكية الشفيع للعقار المشفوع به .

يجب أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، فإن كان يشفع برقبة أو بحق انتفاع وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع . وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة ، أي أن يكون أحد الشركاء في الشيوع .

وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة . فإذا كان الشفيع ملك العقار المشفوع به بموجب عقد بيع، فيجب أن يكون هذا البيع موجودا، وسابقا، على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة . فمجرد المساومات والمفاوضات والوعد بالبيع، بين الشفيع والبائع له، لا تكفي إذا لم يتم البيع . وتام البيع نفسه لا يكفي، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا، حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به . وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت صدور البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة<sup>(1)</sup> .

- ولكن هل يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه، أم لابد أن تستمر ملكيته للعقار المشفوع به، حتى يقضى له بالشفعة؟

اختلف العلماء في ذلك على رأيين، جمهور الفقهاء من جهة والحنفية والإباضية من جهة أخرى .

- فقال الحنفية<sup>(2)</sup> والإباضية<sup>(3)</sup> يشترط استمرار ملك الشفيع للعقار المشفوع به، حتى يقضى له بالشفعة . فلو بيع عقار فطلبه الشريك أو الجار، ثم باع العقار المشفوع به، أو وهبه، أو أصدقته في زواج، أو أعطاه أجره في إجارة، أو أرس جنانية أو غير ذلك من وجوه خروج الملك، سقط حقه في الشفعة . سواء كان عالما ببيع العقار المشفوع فيه أو لم يعلم لزوال السبب، وهو والاتصال بالملك بالشركة أو الجوار قبل التملك . ولأن العلم بالمسقط ليس شرطا لصحة الإسقاط . ولأن المقصود من تشريع الشفعة هو دفع الضرر عن الشفيع، ولا ضرر يصيبه من المشتري بعد بيع ملكه، لأنه لم يعد شريكا .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص581 .

<sup>(2)</sup> الكاساني، البدائع، المرجع السابق، ج5، ص20، 14، 20 . قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص417 . - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص38 .

<sup>(3)</sup> أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص446 .



- وقال جمهور الفقهاء<sup>(1)</sup> غير الحنفية والإباضية : يشترط ثبوت ملك الشفيع وقت البيع فقط، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة .

- ولعل رأي الحنفية هو الراجح والمعقول . وهو الرأي الذي اختاره القانون وسار عليه . قال السنهوري في الوسيط : " ولا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به، وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه في الشفعة . فلو أنه ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت حقه في الشفعة، باع العقار المشفوع به أو وهبه، فلم يعد مالكا له . أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار الموقوف . أو انسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به، بتحقيق شرط فاسخ مثلا . أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة . أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذي يصح معه الأخذ بالشفعة، تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه في الشفعة، فلا يستطيع المضي بعد ذلك في إجراءات الأخذ بالشفعة، إذ يكون حقه فيها قد سقط ."<sup>(2)</sup>

ويجب أن تكون ملكية الشفيع من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة، ملكية قائمة، فلو كان حائزا للعقار، أو واضعا اليد عليه بنية التملك دون أن يتم له التملك فعلا فلا شفعة .

ويتربط على هذا أنه إذا كان الشفيع يملك العقار المشفوع به بالتقادم<sup>(3)</sup> ولم تكتمل بعد مدة التقادم وقت صدور البيع المشفوع فيه، فإنه لا يحق له الأخذ بالشفعة، حتى ولو أكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة .

كذلك لا شفعة إذا كان سند الشفيع في ملكية العقار المشفوع به عقدا صوريا، أو عقدا باطلا، لأن كلا العقدين لا وجود لهما<sup>(4)</sup> .

## الفرع الثاني : ألا يكون العقار المشفوع به موقوفا .

ومن تمام ملكية الشفيع للعقار المشفوع به، ألا يكون العقار المشفوع به موقوفا . وكذا ألا يكون مؤجرا، أو معارا، فإن كان العقار المشفوع به موقوفا أو مؤجرا أو معارا، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة، لعدم ملكية الشفيع للعقار المشفوع به في هذه الحالات . جاء في البدائع : " فلا شفعة بدار يسكنها بالإجارة والإعارة، ولا بدار باعها

<sup>(1)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص262 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص583، 584 .

<sup>(3)</sup> قبل الفقه الإسلامي مبدأ التقادم، لاعلى أساس أنه سبب مكسب للملكية، بل على أنه مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مر عليه الزمن المعين، تديرا تنظيميا للقضاء واجتنابا لعراقل الإثبات ومشكلاته بعد التقادم، وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة له . أما أصل الحق إن كان موجودا، فيبقى في ذمة الإنسان لصاحبه، يجب وفاؤه في حكم الديانة . ولذلك لو أقر الخصم بالحق المهتم مرور الزمن لزوال الشك وظهور الحق بإقراره، فتسمع الدعوى . وسبب منع الفقهاء سماع الدعوى في حالة التقادم، أن العرف يكذب مثل هذه الدعاوى: قال ابن قيم الجوزية: " وكل دعوى يكذبها العرف، وتفنيها العادة، فإنها مرفوضة غير مسموعة قال تعالى: " وأمر بالعرف " وقد أوجبت الشريعة الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوى " . ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص104 . - الزرقاء، المدخل الفقهي، العام، المرجع السابق، ج1، ص243 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص243 .

قبل الشراء، ولا بدار جعلها مسجداً، ولا بدار جعلها وقفاً، وقضى القاضي بجوازها، أو لم يقض على قول من يجيز الوقف، لأنه زال ملكه عنها إلى أحد...<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا الأساس لو بيع عقار مجاور لوقف، أو كان المبيع بعضه ملكاً وبعضه وقفاً، وبيع الملك، فلا شفعة بالوقف من ناظر أو موقوف عليه لا في العقار المجاور، ولا في جزء الملك من العقار. لأن كلا من ناظر الوقف والموقوف عليه لا يعتبر مالكا للعقار، حتى يصلح أن يكون شفيعاً. وإن قلنا ناظر الوقف والموقوف عليه مالكان للعقار، فملكهما ناقص غير تام. لأنه ملك لا يفيد إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً<sup>(2)</sup>. قال الشيخ علي العدوي: ليس لناظر الوقف أن يأخذ بالشفعة، إذ لا ملك له. فإذا كانت دار نصفها موقوف وعليه ناظر، والنصف الآخر مملوك، فإذا باعها صاحبه فليس لناظر الأخذ لتلك الحصة المملوكة بالشفعة، لأنه ليس بمالك. ولا يأخذ بالشفعة إلا المالك...<sup>(3)</sup>.

- وإذا كان ناظر الوقف والموقوف عليه لا يستطيع أي واحد منهما الأخذ بالشفعة لأنهما ليسا مالكين، فهل يستطيع الواقف أن يشفع بالعقار الذي وقفه؟

- ذهب المالكية إلى أن الواقف له أن يشفع بالعقار الموقوف. لأن الوقف لا يزيل الملك، فيبقى العقار الموقوف على ملك الواقف. غير أنه ملك مقيد فلا يستطيع المالك التصرف فيه. ومن ثم فلا يشفع لنفسه بل يشفع ليجعله حبساً. قال مالك في دار بين رجلين حبس أحدهما نصيبه على رجل وولده وولد وولده، فباع شريكه في الدار نصيبه. فليس للذي حبس، ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة، إلا أن يأخذ المحبس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأول. أو يحبس على آخرين<sup>(4)</sup>. وسوى ابن رشد بين الواقف والموقوف عليه، وأن أحدهما إن أراد الأخذ بالشفعة لنفسه لم يكن له ذلك، وإن أراد إلحاق الحصة التي يريد أخذها بالشفعة بالمحبس فله أن يشفع<sup>(5)</sup>.

- وقال جمهور الفقهاء ليس للواقف شفعة. لأن العقار الموقوف زالت عنه ملكية الواقف، وانتقلت إلى الموقوف عليه على قول. وإلى ملك الله تعالى على قول آخر<sup>(6)</sup>.

وقال أبو حنيفة: للواقف أن يشفع بالعقار الموقوف. لأن الوقف في نظر أبي حنيفة لا يلزم الواقف بمجرد النطق به، وله الرجوع فيه، إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم، أو يحكم بلزومه حاكم. فالوقف عنده يأخذ حكم الإعارة<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 14.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 500. - الخروشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 163.

<sup>(3)</sup> حاشية الشيخ العدوي على الخروشي، المرجع السابق، ج 6، ص 163.

<sup>(4)</sup> القرطبي، المغرب، المرجع السابق، ج 2، ص 111، الفرق 79.

<sup>(5)</sup> عيش، منح الخليل، المرجع السابق، ج 7، ص 190. - الخروشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 162، 163.

<sup>(6)</sup> حاشية المدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج 3، ص 474.

<sup>(7)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 500. و ج 6، ص 187، 188.

<sup>(8)</sup> الغنيمي، النيات، المرجع السابق، ج 2، ص 180، 181. - المرغيناني، المفاتيح، المرجع السابق، ج 3، ص 13.

وسبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم في أثر الوقف في زوال ملك الواقف عن الشيء الموقوف، أم لا ؟  
- ذهب الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> والصاحبان والذي عليه الفتوى عند الحنفية<sup>(3)</sup> إلى أن الوقف يزيل ملك الواقف وهو ينتقل، إما إلى ملك الله تعالى أو إلى ملك الموقوف عليه. وهو ملك، ناقص لأنه لا يملك التصرف فيه  
- وذهب مالك<sup>(4)</sup> وأبو حنيفة وأحمد والشافعي في قول آخر: إلى أن الوقف لا يزيل ملك الواقف، بل تبقى العين الموقوفة على ملك الواقف .

وأبو حنيفة وإن اتفق مع سائر الأئمة في أن الوقف لا يزيل ملك الواقف. إلا أنه اختلف معهم، في أن الوقف لا يلزم الواقف، ولا يغل يده عن التصرف في ملكه. فالوقف عنده يأخذ حكم الإعارة. وينتقد موقف باقي الأئمة الذين قالوا إن الوقف يبقى على ملك الواقف، ولكنه لا يستطيع التصرف فيه، فهو يرى أن هذا الموقف مناقض للقواعد الفقهية المقررة في هذا الباب. فمن المقرر فقها قاعدتان .

القاعدة الأولى: أن الملكية تقتضي حرية التصرف بالبيع والهبة والرهن . . . فكل تصرف يمنع الحرية باطل . إذ لم يرد به نص شرعي صحيح، ولأنه يفصل اللازم عن الملزوم. القاعدة الثانية: أن الشيء إذا وقع في ملك أحد، لا يخرج من ملكه إلى غير مالك. والوقف الذي يمنع التصرف يناقض إحدى هاتين القاعدتين لا محالة. فإن قلنا إنه باق على ملك الواقف، كما قال مالك وأحمد والشيعة الإمامية، كان ذلك مناقضا للقاعدة الأولى لأنها ملكية لا أثر لها، وكذلك إن قيل إنه انتقل إلى ملك الموقوف عليه. وإن قلنا إنه خرج إلى غير مالك، فيه مناقضة للقاعدة الثانية. ولا عبرة بما يقال: إنه خرج إلى ملك الله تعالى، لأن الله تعالى يملك كل شيء. والملكية التي نعرفها تقتضي حرية التصرف بالبيع والرهن والهبة، وتنقل إلى الورثة بحكم الميراث، وكل هذه الأمور لا تنسب لله تعالى. فالقول بأن الملك في الوقف لله تعالى كلام مجازي ليس فيه حقيقة فقهية. وإن قيل إن الملكية لبيت المال، قلنا هذا كلام باطل، لأن الأوقاف لا تتقيد بمصاريف بيت المال<sup>(5)</sup> .

- وخلاصة القول أن هناك ثلاثة أقوال للفقهاء في ملك العين الموقوفة. الأول: العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف. الثاني: العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الموقوف عليهم. الثالث: العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الله تعالى .  
فمن قال إن العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف، أو تنتقل إلى ملك الموقوف عليهم. تقول لهم: إن هذا ملك صوري أجوف، لأن المالك قد سلب حرية التصرف بجميع وجوهه، فنقض هذه الحرية، فنقض للملك من أساسه .

<sup>(1)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص442 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص187، 188 .

<sup>(3)</sup> الغني، الباب، المرجع السابق، ج2، ص180 . - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص13 .

<sup>(4)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص121 .

<sup>(5)</sup> أبو زهرة، أبو حنيفة حياته وعصره آراؤه وفقهه، ص362، دار الفكر، القاهرة .

كما أنه لو سلمنا ببقاء الملك للواقف فما هو مصيره بعد وفاته، فالحديث الشريف<sup>(1)</sup> صريح في عدم جواز انتقاله بالإرث<sup>(2)</sup>.

أما من قال إن ملك العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الله تعالى، فإن التفسير السليم لهذه العبارة، هو أن المراد بذلك الشخصية المعنوية أو الاعتبارية للوقف، لأن كل ما في الكون ملك لله تعالى، والملك الذي يدور حوله الحديث، هو الملك الذي يقتضي حرية التصرف.

وأدلة ملك العين الموقوفة للشخصية الاعتبارية للوقف، هو أن الوقف عند التحقيق هو عقد أو تصرف انفرادي من نوع خاص، يترتب عليه انتقال العين الموقوفة إلى الشخصية الاعتبارية بحكم الشرع، ووجوب التصرف بالمنفعة أو الربح على وجه اللزوم والتأييد.

هذه الشخصية الاعتبارية التي تنشأ بحكم الشرع أثرا للتصرف الانفرادي، مستقلة عن الشخصية الحقيقية للواقف، والموقوف عليهم، والعين المادية الموقوفة على السواء. وتعلق بها حقوق أصل الوقف وما عليها من التزامات، ويمثلها الناظر أو القيم<sup>(3)</sup>. ثم إن الواقف من حيث السلطة أو الولاية على الوقف كسائر الناس، وفقدانه سلطته على الوقف بعد إنشائه، دليل خروج العين عن ملكه، وانتقالها إلى هذه الشخصية الاعتبارية. وليس هو إسقاط للملك لا إلى مالك، لأن إسقاط الملك ممنوع في الإسلام، لأنه كالسائبة<sup>(4)</sup> والوقف تسبيل لا تسييب<sup>(5)</sup>.

ومما يؤكد هذا المعنى هو قوله - صلى الله عليه وسلم - وهو يحث المسلمين على شراء بئر رومة فقال: "من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين"<sup>(6)</sup>. كما يؤكد المعنى نفسه أيضا، حال عثمان رضي الله عنه، فإنه بعد أن اشترى بئر رومة، ووقفها فقد فقد سلطانه عليها، وأصبح حقه فيها كسائر المسلمين مجرد منافع لا مالك<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> ونصه عن ابن عمر "أن عمر أصاب أرضا بخير فقال يا رسول الله: أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني، فقل: إن شئت حبست أصلها وتصدقك بها، فتصدق بها على أن لاتباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لاجتراح على من ولها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول، وفي لفظ غير متأنل مالا" رواه الجماعة. الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص127.

<sup>(2)</sup> الدكتور فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج2، ص666. دار فتيحة، بيروت، الطبعة الأولى: 1988م، 1408هـ.

<sup>(3)</sup> الدكتور فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص707.

<sup>(4)</sup> كان الجاهليون يجرمون على أنفسهم الانتفاع بأنواع معينة من الأنعام، بلحومها وتاجها وأوبارها وركوبها لأسباب غير معقولة، فمنع الله هذا النوع من التصرف وعابه على الجاهليين إذ هو نقل للملك إلى غير مالك، واعتبره عز وجل تضييعا للمال الذي خلقه للانتفاع به فقال "ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون سورة المائدة آية رقم 103.

وقد اختلف المفسرون في تفسير البحيرة والسائبة والوصيلة والحام. ومما قيل في ذلك: أن الناقة إذا أنتجت خمسة أبطن آخرها ذكر بجروا أذهما، أي شقوها وحرموها ركوبها وهي البحيرة. وكان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي، فناقني سائبة، وجعلوها كالبحيرة في تحريم الانتفاع بها. وإذا ولدت الشاة أنثى فهي لهم، وإن ولدت ذكرا فهو لأهنتهم، وإن ولدت ذكرا وأنثى قالوا: وصلت أخاها وهي الوصيلة. وإذا نسج من صلب الفحل عشرة أبطن قالوا: قد حمى ظهره وهو الحام. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج2، ص701، 705. - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المرجع السابق، ج1، ص369.

<sup>(5)</sup> فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص708.

<sup>(6)</sup> ومما الحديث عن عثمان رضي الله عنه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب، غير بئر رومة فقال: "من يشتري بئر رومة، فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين، بخير له منها في الجنة، فاشترتها من صلب مالي" الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص127، 128.

<sup>(7)</sup> الدكتور فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص709.

فالوقف إذن هو نظام دقيق له تشريعه، ومؤيداته القضائية. أما شخصيته المعنوية أو الحكمية، فإنها إن لم تكن واضحة بالقدر الكافي بالنسبة للفقهاء القدامى - ومن ثم اضطرت عبارتهم، ولم يتفقوا على مصطلح واحد، وإن اتفقوا على المفهوم عموماً - فإنها اليوم أكثر وضوحاً من أي وقت مضى، إذ يمثلها وزارات ومديريات وهيئات مختلفة، تأكيداً لهذه الشخصية المعنوية المستقلة. وقد تجلّى هذا الوضوح بصورة أكثر وضوحاً في القانون 91 - 10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف إذ اعتبر في المادة الخامسة منه أن الوقف شخصاً معنوياً، تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها. وقد اعتبر القانون المدني المصري أيضاً في المادة 52 منه أن الوقف شخصاً معنوياً.

وإذا ترجح لدينا أن العين الموقوفة هي ملك للشخصية الاعتبارية للوقف، وليست ملكاً للواقف، ولا للموقوف عليهم. فالذي يمكن تلخيصه إذن في شرط ألا يكون العقار المشفوع به وقفاً. هو أن الموقوف عليهم أو الواقف لا يجوز لهم أن يشفعوا بأي حال من الأحوال لعدم الملك. أما الناظر أو القيم، باعتباره ممثلاً لمصالح الوقف، والقائم على شؤونه، فإن له أن يشفع ليوقف أو يجبس لا ليملك. وهذا ما يتفق مع الأحاديث والآثار الواردة في الموضوع. ومقصد الشارع من وراء الوقف، وهو إنشاء جهات خير عامة في المجتمع الإسلامي، ينتفع بها الفقراء والمساكين ومن إليهم من ذوي الحاجة، أو من يمثلون الجانب الضعيف في المجتمع، وهو مما أولاه التشريع الإسلامي عناية خاصة، وأقبل عليه المسلمون بدافع من دينهم إقبالا شديداً، مرضاة لربهم من الصدر الأول إلى اليوم، حتى قال جابر رضي الله عنه: "لم يبق أحد من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ممن له مقدرة إلا وقد وقف".<sup>(1)</sup>

ولا شك أن واجب الناظر أو القيم هو السهر على حماية مصالح الوقف، وتحصيل منافعه وتوزيعها على المستحقين والموقوف عليهم. وهذا يحتم عليه أنه إن كانت المصلحة في أخذ عقار ما بالشفعة، فلا يتأخر عن هذا الواجب، ليبقى هذا الخير العام في المجتمع دائماً ومستمراً.

وإذا كان العقار المشفوع به ملكاً لاوقفاً، وقت بيع العقار المشفوع فيه، ثم وقف قبل ثبوت الحق في الشفعة، فإن الشفعة تسقط. لأن العقار المشفوع به، وإن كان ملكاً وقت بيع العقار المشفوع فيه، إلا أن هذه الملكية لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة. وهذا على رأي الحنفية والإباضية الذين يشترطون استمرار ملك الشافع للعقار المشفوع به إلى أن يقضى له بالشفعة. أما على رأي الجمهور فإن الشفعة لا تسقط، لأنهم لا يشترطون استمرار الملك كما سبق بيانه في الشرط الأول.

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالعقار الموقوف، فإنها كذلك لا تجوز في العقار الموقوف، قال أحمد بن حنبل: "لا نرى في أرض السواد شفعة، وذلك لأن أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه عن المسلمين، لا يصح بيعها، والشفعة إنما تكون في البيع".<sup>(2)</sup> غير أنه إن دعت الضرورة، أو المصلحة، أو الحاجة لاستبدال

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج6، ص185.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص553.

الوقف،<sup>(1)</sup> فيبيع الوقف بمسوخ شرعي، أو شرط الواقف استبداله فاستبدل، ففي هذه الحال، فإن العقار الموقوف إذ يباع فإنه يفقد صفة الوقف، ويصبح ملكا، فتجوز فيه الشفعة. وأما ثمنه فيشتري به عقار آخر، وهو الذي يصبح وقفا .

وأما إذا كان العقار المشفوع فيه ملكا، فوقفه المشتري بعد طلب الشفعة، اعتبر هذا تهربا من الشفعة، فيكون الوقف حينها باطلا، ويجوز أخذ العقار بالشفعة<sup>(2)</sup>. لأن العبرة كما هو واضح من المادة 806<sup>(3)</sup> من القانون المدني الجزائري بإعلان الرغبة في الشفعة. فإذا وقف العقار المشفوع فيه بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة، فإن هذا لا يكون حجة على الشفيع، ولا يسري الوقف في حقه. ومن ثم فإنه يستطيع أن يأخذ العقار بالشفعة، بالرغم من وقفه<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني : توفر الأهلية الواجبة .

إن الأخذ بالشفعة في حكم شراء العقار المشفوع فيه. فيجب إذن أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف الكاملة، فإن كان بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة.

ولكن ما هو الحكم إذا كان الشفيع صغيراً لم يبلغ بعد سن الرشد ولم تكمل أهليته، هل له الحق في الشفعة؟ وإذا كان له الحق في الشفعة، هل يتولى أخذها بنفسه أم ينوب عنه وليه أو وصيه؟ وما هو موقف الصغير من تصرف وليه إذا بلغ؟ وما هو موقف القانون من هذا كله؟ نوضح هذه النقاط في الصفحات الآتية.

### أولاً : شفعة الصغير .

ذهب ابن أبي ليلي والنخعي والحارث، إلى أنه ليس للصغير شفعة. لأن الصبي لا يمكنه الأخذ بالشفعة لعدم كمال أهليته. ولا يمكن انتضاره حتى يبلغ لما فيه من الضرر بالمشتري، وليس للولي الأخذ، لأن من لا يملك العفولا يملك الأخذ .

وذهب جمهور العلماء وعامتهم<sup>(5)</sup> منهم مالك والشافعي والحنابلة وأصحاب الرأي والحسن وعطاء والأوزاعي، إلى أن للصغير الحق في الشفعة. واستدلوا على صحة مذهبهم بالأحاديث الواردة في موضوع الشفعة، والتي لم تفرق بين صغير وكبير، بل عمومها يشمل كل شريك بغض النظر عن أهليته. ولأن الشفعة خيار جعل لإزالة الضرر عن المال، فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب. وفي الأخذ بالشفعة تحصيل لملك الصبي ونظر له، وفي العفو تضييع وتفريط في حقه. ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع. ولأن العفو إسقاط

<sup>(1)</sup> كما أشرت إلى ذلك المادة 24 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص490. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص382 .

<sup>(3)</sup> ونظام المادة " لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه، وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة " .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص595 .

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص495 .

لحقة والأخذ استيفاء له . وإن لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب . وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب .

وقولهم لا يمكن الأخذ غير صحيح، فالولي يأخذ بالشفعة، كما يرد المال المعيب . وقولهم لا يمكن العفو يبطل بالوكيل وبالرد بالعيب، فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد .

ولا شك أن رأي الجمهور هو الراجح والمعقول . لأن هذا حق متعلق بالمال يجب استيفاؤه وتحصيله بغض النظر عن أهلية صاحبه .

## ثانياً : من يتولى طلب شفعة الصغير .

وإذا ثبت أن للصغير الحق في الشفعة، فإن الذي يتولى طلب الشفعة هو ولي الصغير أو وصيه، وليس الصغير نفسه . ويفعل الولي ما يراه مصلحة للصغير في الأخذ بالشفعة، مثل كون ثمن البيع رخيصاً، أو بثمن المثل، وللصغير مال لشراء العقار . فإذا أخذ الولي بالشفعة لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ، لثبوت ملكه بعد أخذها . وهو رأي جمهور العلماء منهم مالك<sup>(1)</sup> والشافعي وأصحاب الرأي<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> .

## ثالثاً : موقف الصغير إذا كبر .

وإذا لم يطلب الولي شفعة الصغير، فهل للصغير إذا كبر نقض تصرف وليه؟ وله الحق في أن يطالب بالشفعة؟ .

إذا لم يطلب الولي أخذ شفعة الصغير، فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الصغير إذا بلغ فإنه لا يستطيع أن ينقض تصرف وليه ويطلب بالشفعة . لأن من ملك الأخذ بها، ملك العفو عنها كالمالك . ولأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وعدم طلب الولي شفعة الصغير هو امتناع عن الشراء، وللولي ولاية الامتناع من الشراء . ألا ترى أن من ادعى أنه باع شيئاً لصبي، فإن ولي الصبي لا يلزمه قبول هذا البيع، لأن الولي يتصرف في مال الصبي على وجه المصلحة، والمصلحة قد تكون في الشراء، وقد تكون في تركه، والولي أعلم بذلك، فيفوض الأمر إليه<sup>(4)</sup> .

وقال الحنابلة وزفر ومحمد من الحنفية: إذا بلغ الصغير فله المطالبة بالشفعة، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف، وسواء أكان في الأخذ بها أم في تركها مصلحة أم لا . لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء أكان له فيها الحظ، أم لم يكن، فهي حق ثابت للصغير، لا يملك الولي إبطاله، فلم يسقط بترك غير الصغير له كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها<sup>(5)</sup> .

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 403 . - القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج 7، ص 271 .

<sup>(2)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 16 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 496 .

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 16 .

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 495، 496 .

وقال المالكية: ليس للصغير إذا بلغ المطالبة بالشفعة، إذا عفا عنها وليه لمصلحة رآها للصغير، أو لم يكن للصغير مال يأخذها به، فتسقط الشفعة. لأن الولي فعل ما يجب عليه فعله، فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالعيب. ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي. أما إذا أسقط الولي الشفعة بلا نظر، ولا تقدير للمصلحة، لم تسقط، ويكون للصغير الحق في طلبها إذا بلغ<sup>(1)</sup>.

وقال الشافعية<sup>(2)</sup>: لا يخلو حال المولى عليه من صبي أو مجنون إذا وجبت لهما الشفعة من أحوال ثلاثة الحالة الأولى: أن تكون هناك مصلحة للمولى عليه في أخذ الشفعة. فيجب على الولي طلبها، فإذا أخذها الولي صارت ملكا للمولى عليه، وليس له إذا أصبح رشيدا أن يردها. كما لا يرد ما اشتراه له وليه، ما له فيه مصلحة. وإن عفى الولي عنها ولم يأخذها، فللصبي إذا بلغ رشيدا، والمجنون إذا فاق، أن يأخذها. وهذه الحالة تتفق مع ما قاله المالكية.

الحالة الثانية: ألا تكون هناك مصلحة للمولى عليه في أخذها، إما لزيادة الثمن، وإما لأن صرف ذلك في غيره من أمور أهم، فلا يجوز للولي أخذها. كما لا يجوز له أن يشتري له ما لا مصلحة له فيه، ولا فائدة له في شرائه. ولكن هل إذا بلغ الصغير رشيدا يجوز له أخذ الشفعة؟ في ذلك قولان.

قول أبي إسحاق المروزي: إن شفعتَه قد بطلت بترك وليه، وليس له أخذها بعد رشده. وقول ثان: وهو أن شفعتَه باقية لا تبطل بترك وليه وله أخذها بعد رشده. لأن اعتبار المصلحة والفائدة في الأخذ بالشفعة، إنما يكون لمن أخذها غيره كالولي، ولا يعتبر فيمن أخذها لنفسه.

الحالة الثالثة: وهو استواء مصلحة المولى عليه في أخذ الشفعة وتركها. فالولي مخير في أخذ الشفعة وتركها<sup>(3)</sup>.

وأرى أن رأي المالكية والشافعية هو الراجح والمعقول. لأن تصرف الولي أو الوصي منوط بمصلحة المولى عليه، ومن ثم فإذا عفا الولي عن الشفعة لمصلحة الصغير، لم يكن لهذا الأخير نقض تصرف وليه إذا بلغ. أما إذا عفا الولي عن الشفعة تهاونا وتقصيرا في مصلحة الصغير، فله نقض تصرف وليه إذا بلغ رشيدا.

## رابعاً : موقف القانون المدني من توفر شرط الأهلية .

لم يتعد القانون المدني كثيراً عما قاله الفقه الإسلامي، بل هما متفقان. وعلى هذا فإذا كان الشفيع كامل الأهلية، أي بالغاً سن الرشد، غير محجور عليه، جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. وإذا كان له وكيل وكالة عامة، لم يجز للوكيل الأخذ بالشفعة. لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة، فلا بد إذن من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة. لأن الأخذ بها من أعمال التصرف، كما هو مبين في المادة 574 من القانون المدني الجزائري

<sup>(1)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص218. - الخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص173.

<sup>(2)</sup> الماوردي، منح الجليل، المرجع السابق، ج9، ص64، 65.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص65، 66.



وإذا كان الشفيع قاصرا، فإن وليه ينوب عنه في أخذ الشفعة. وإن لم يكن للقاصر ولي، فوصيه هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه. وإن كان الشفيع محجورا عليه، فالقيم هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه. وفي جميع هذه الحالات لا بد من استئذان المحكمة، ما عدا الأب أو ولي الأب، فإنه يجوز له الأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون إذن المحكمة.

والمشتري أو المشفوع عليه، إذا كان قاصرا أو محجورا عليه، ناب عنه في التسليم بالشفعة رضاه أو محاصمة وليه أو وصيه أو القيم عليه، ويجب على الوصي أو القيم استئذان المحكمة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث : عدم رضا الشفيع بالبيع .

اتفق الفقهاء على أنه يجب على الشفيع حتى يحق له طلب الشفعة، ألا يصدر منه ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه. فإن صدر منه ما يدل على أنه راضيا بالبيع، أو بحكمه قولا أو فعلا، فقد سقط حقه في طلب الشفعة. فلو باع الشفيع العقار المشفوع به، أو سكت مدة طويلة من غير عذر، سقط حقه في طلب الشفعة. لأن الشفيع بالخيار بين أخذ الشفعة وتركها، لأنها شرعت لدفع الضرر عنه، وهو أعلم بتقدير الضرر الذي قد يقع عليه فيقرر الأخذ أو الترك.

وقال المالكية<sup>(2)</sup>: يجب ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط حقه في طلب الشفعة، من قول أو فعل أو سكوت، مدة سنة كاملة فأكثر، بعد عقد البيع مع علمه وحضوره. فإن كان غائبا ولم يعلم لم تسقط شفعته اتفاقا. وإن علم وهو غائب، قبل تسقط شفعته، وقيل لا تسقط.

وتسقط الشفعة كذلك إذا ساوم المشتري في العقار المشفوع فيه أو اكراه منه، أو سكت حتى أحدث فيه المشتري غرسا أو بناء، أو غير ذلك من التصرفات الضمنية التي تدل على تنازله عن طلب الشفعة ورضاه بالبيع وحكمه.

غير أنه يجب ألا تشوب إرادة الشفيع في رضاه بالبيع، قولا أو فعلا أو سكوتا أي شائبة. فلو كان هناك تدليس أو خداع للشفيع، فرضي بالبيع وأسقط حقه فإن هذا لا يجوز، وحقه يبقى قائما سواء كان التدليس في شخص المشتري، أو مقدار الثمن، أو في قدر العقار المبيع<sup>(3)</sup>.

فإذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به، فأسقط الشفيع شفعته، ثم بان أن الثمن أقل من ذلك فلا تسقط شفعته. وقال المالكية<sup>(4)</sup> يحلف أنه ما أسقط إلا لأجل الكذب في الثمن أو جنسه. كما لو أخبر أن الثمن

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص589.

<sup>(2)</sup> ابن جري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص189. - الخرشى على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص172.

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص480، 481. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص19، 20. - الماوردي، الحساوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص26، 27. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص380. - الخرشى على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص173.

<sup>(4)</sup> محمد عيش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص217. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص408.

دراهم فإذا هو عرض، كالقلمح مثلاً. أو أنه اشتراه بعرض، فإذا هو اشتراه بنقد، أو أنه اشتراه بعرض، فبان أنه بنوع آخر من العرض .

وكذلك لا تسقط الشفعة إذا أخبر الشفيع أن العقار المبيع سهام قليلة، فبانت سهام كثيرة، أو أن المشتري اشترى نصف العقار، فتبين أنه اشترى العقار كله. لأنه قد لا يكون له غرض في أخذ نصف العقار. لأن الشركة بعد قائمة، أما وقد بيع العقار كله، فله أخذه بالشفعة لارتفاع الشركة وزوال الضرر .

وكذلك لا تسقط الشفعة لأجل الكذب في الشخص المشتري. فإن أخبر أن المشتري فلان فظهر غيره هو الذي اشترى. أو أن الذي اشترى فلان، فبان أنه هو وآخر معه. أو أن المشتري جماعة، فبان أنه واحد. فلا يزال على شفيعته. لأن الشفيع قد يرضى شركة إنسان دون غيره، وقد يجابي ويفضل إنساناً دون آخر، أو يخاف من إنسان دون آخر، فيتك لأجل ذلك .

أما إذا كان الأمر عكس بعض الحالات السابقة، كأن أخبر أن الثمن أقل فبان أنه أكثر، أو أن الثمن مؤجل فبان أنه معجل، أو أن المبيع كل العقار، فبان أن بعضه فقط هو المبيع، سقط حقه في الشفعة. لأنه إذا لم يرغب في الشفعة بالأقل وبالمؤجل، فبالأكثر أو المعجل من باب أولى .

أما من رغب عن المطالبة بالشفعة في كل العقار المبيع، فهل يعني ذلك أنه لا يطالب ببعض العقار؟ قال الحنفية<sup>(1)</sup> في ظاهر الرواية والمالكية<sup>(2)</sup>: إن الشفعة تسقط إذا أخبر الشفيع أن شريكه باع الكل، فترك الشفعة ثم تبين أنه لم يبيع إلا النصف. لأنه إذا صح تسليم الكل، فقد سلم البعض ضرورة. لأنه داخل في الكل، فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف. ومن جهة أخرى فإن الشركة عيب، فحين أخبر أن المبيع كل العقار، يعني ذلك ارتفاع العيب، ومع هذا سلم، أفلا يعتبر - حين علم أن المبيع نصف العقار - تسليمًا مع العيب من باب أولى .

وقال الشافعية<sup>(3)</sup>: إذا كان ثمن الكل والنصف، أو ثمن السهام القليلة والكثيرة واحداً، فلاشفعة. أما إذا كان ثمن النصف أقل من ثمن الكل، فله الشفعة. لأنه قد يعجز عن ثمن الكل أو السهام الكثيرة، ويقدر على ثمن النصف أو البعض أو السهام القليلة .

وقال الحنابلة<sup>(4)</sup> والحنفية<sup>(5)</sup> في رواية أخرى: إن للشفيع الشفعة. لأنه قد يعجز عن ثمن الكل، ويقدر على ثمن النصف. وقد تكون حاجته إلى النصف لإتمام مرافق الملك، ولا يحتاج إلى الكل. وهذا هو الراجح والمعقول .

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص20 .

<sup>(2)</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص486 .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص27 .

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص481 .

<sup>(5)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص184 .

وخلاصة القول الذي أرجحه في رضا الشفيع بالبيع، وما يترتب عن ذلك من سقوط حقه في الشفعة، وعدمها. أن الشفيع إذا أخبر بما هو الأنفع والأصلح، ولم تشب إرادته أية شائبة من التدليس أو الخداع أو الغرر، ومع ذلك ترك الأخذ بالشفعة وتنازل عنها فقد بطل حقه. وإلا فإنه لا يزال على شفيعته.

### المطلب الرابع : ألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه.

بالنظر في نصوص القانون المدني يمكن أن نضيف شرطاً آخر للشفيع، وهو ألا يكون ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه. لأن الأخذ بالشفعة بمثابة شراء العقار المشفوع فيه، لأن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته، فيصبح هو المشتري للعقار. وقد أورد القانون المدني الجزائري عدة حالات يمنع فيها بعض الأشخاص شراء عقارات معينة، لاعتبارات تتعلق بالعدالة والمصلحة العامة. وعليه فإنه لا تجوز الشفعة كذلك إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء هذا العقار، ومن هذه الحالات ما يأتي.

**أولاً :** ما جاء في المادة 410<sup>(1)</sup> من القانون المدني الجزائري أنه "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة، أن يشتري باسمه أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني، ما كلف بيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى". ويتضح من هذا النص أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير، لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه مباشرة أو باسم مستعار. لتعارض مصلحته الشخصية مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره نائباً. والنيابة في بيع مال الغير، قد تكون عن طريق الاتفاق كالوكالة، أو عن طريق القانون كالولاية، أو عن طريق أمر السلطات المختصة، كما هو الحال بالنسبة للوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي<sup>(2)</sup>.

والسماسرة والخبراء في حكم من ينوب عن الغير في بيع ماله، ويسري عليهم نفس الحكم. وهذا ما صرحت به المادة 411<sup>(3)</sup> من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها أنه "لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم، أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار". وكما لا يجوز للنائب أن يشتري لنفسه عقاراً كلف بيعه، كذلك لا يجوز له إذا باع هذا العقار للغير تنفيذاً لنيابته أن يشفع فيه. وذلك لأن الأخذ بالشفعة في حكم الشراء، وهو ممنوع من شراء ما كلف بيعه. ثم إنه لو جاز لمن كلف بيع العقار أن يشفع فيه، لما أعياه أن يتواطأ مع المشتري على ثمن بخس، وشروط يسيرة حتى إذا ما أخذ الشفعة، استفاد من كل ذلك. ويضاف إلى هذا كله أن النيابة في بيع العقار، إذا كان مصدرها الوكالة، فإن الوكيل الذي يرضى أن يكون وكيلاً في بيع العقار لأجنبي، يكون قد نزل بذلك نزولاً ضمناً عن حقه، في أخذ هذا العقار بالشفعة<sup>(4)</sup>. والنزول

<sup>(1)</sup> وتقابلها المادة 479 من القانون المدني المصري.

<sup>(2)</sup> السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص102، 103، 104.

<sup>(3)</sup> وتقابلها المادة 480 من القانون المدني المصري.

<sup>(4)</sup> السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص590، 591.

الضمني عن الشفعة مقدما جائز، كما سبق بيانه في الفصل السابق، وكما هو واضح من المادة 1/807 من القانون المدني الجزائري.

وسبب تحريم بيع النائب لنفسه، ومن ثم عدم جواز أخذ العقار المبيع بالشفعة، إنما يقوم على قرينة قانونية. وهي أن الأصل عندما أتاب النائب في بيع ماله، لم يدخل في هذه الإجابة أن يكون المناب هو المشتري، سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إجابته في البيع. فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلا في الشراء، أو باعتباره نائبا عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل، إلا إذا أجازه هذا الأخير<sup>(1)</sup>.

**ثانيا : ما جاء في المادة 402<sup>(2)</sup> من القانون المدني الجزائري أنه .. لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين، ولا لكاتب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا..** ونصت المادة 403<sup>(3)</sup> من القانون المدني الجزائري أيضا أنه .. لا يجوز للمحامين، ولا للمدافعين القضائيين، أن يتعاملوا مع موكلهم، في الحقوق المتنازع فيها، سواء كان التعامل بأسمائهم، أو بأسماء مستعارة، إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها، وإلا كانت المعاملة باطلة ..

فهذه النصوص تين أن عمال القضاء، وبالتحديد من ذكروا في النص، كالقضاة والمحامين والموثقين... يحضر عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها، إذا كانت واقعة في اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها عملهم. وإذا تم البيع فإنه يكون باطلا. وأساس البطلان هو مخالفة البيع للنظام العام، إذ أنه مما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه، في شراء الحقوق المتنازع فيها. وإذا لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلا، فإنه يكون قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه، ظلا من الشبهة في حيدة القضاء ونزاهته. ولاشك أن هذه اعتبارات تتصل أوثق اتصال بالنظام العام والآداب، فكان الجزاء هو البطلان المطلق<sup>(4)</sup>.

وإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظورا، على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم، متى وقع النزاع في دائرة اختصاصهم، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا في هذا العقار المتنازع فيه، إذا توفرت لهم أسباب أخذه بالشفعة. فإذا باع شخص عقارا يتنازع آخر في ملكيته، فالقاضي الذي يدخل في اختصاصه نظر هذا النزاع، أو المحامي الموكل في هذا النزاع، حتى ولو لم يكن موكلا فيه، متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة، مسموح له بالمرافعة

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص106.

<sup>(2)</sup> والتي تقابلها المادة 471 من القانون المدني المصري.

<sup>(3)</sup> والتي تقابلها المادة 472 من القانون المدني المصري.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص218، 219.

أمامها، أو أي عامل آخر من عمال القضاء، ممن ذكروا في النص لا يجوز لهم شراء هذا العقار. وكذلك لا يجوز لهم أخذه بالشفعة<sup>(1)</sup>.

فلو جاز لأحد عمال القضاء أخذ العقار بالشفعة، وحل محل المشتري في شراء العقار المتنازع فيه، فإن النزاع لا يزال داخلاً في اختصاصه، ومن ثم يصعب على من ينازع البائع في ملكية هذا العقار، أن يطمئن إلى حيدة عمال القضاء ونزاهتهم، عند نظر النزاع، وواحداً منهم خصمه. ثم إنه لو أبيع لأحد عمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة، لأدى هذا إلى تفويت الحق المتنازع فيه عن طريق التحايل. إذ يتواطؤ مع صاحب العقار المتنازع فيه، فيبيع هذا الأخير العقار لأجنبي، ثم يأخذه عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبي<sup>(2)</sup>.

عبد القادر للعلوم الإسلامية

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص592.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص593.

## المبحث الثالث تعدد الشفعاء وتزاحمهم

إذا كان هناك عقار مشترك على الشيوع بين شخصين أو أكثر. وباع أحد الشركاء نصيبه من هذا العقار، فإنه يحق لباقي الشركاء أخذ النصيب المبيع بالشفعة .

فإن تقدم أحدهم، لأخذ النصيب المبيع من العقار بالشفعة، استجيب لطلبه. ولكن كيف يقسم النصيب المأخوذ بالشفعة، لو تقدم لطلبه كل الشفعاء وزاحم بعضهم بعضا؟ هل يقسم بينهم بالتساوي، أو يقسم بينهم بنسبة ملك كل واحد منهم في العقار المشاع؟ وهل الشفعاء طبقة واحدة، أم هم طبقات متفاوتة؟ بحيث تقدم طبقة على أخرى عند التزاحم .

وإذا كان أحد الشركاء هو نفسه المشتري للنصيب المشفوع فيه، هل يتقدم على بقية الشفعاء أم يتساوى معهم؟

تولى توضيح هذه المسائل في مطلبين اثنين.

المطلب الأول : تعدد الشفعاء وتزاحمهم في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : تعدد الشفعاء وتزاحمهم في القانون المدني الجزائري .

## المطلب الأول: تعدد الشفعاء وتزاحمهم في الفقه الإسلامي

تبين لنا من المبحث السابق، أن للفقهاء رأيان فيمن يحق له الأخذ بالشفعة، رأي الحنفية والإباضية، وهو أن الشفيع هو الشريك، أو الخليط، أو الجار. ورأي الجمهور وهو أن الشفيع هو الشريك فقط .

وإذا كان الشفعاء على رأي الحنفية والإباضية، مراتب متفاوتة، فكيف يكون توزيع العقار المشفوع فيه؟ إذا زاحم الشفعاء بعضهم بعضاً، وهل يزاحم الشفعاء المشتري إذا كان شفيعاً مثلهم؟ نوضح هذه المسائل في فروع ثلاثة .

### الفرع الأول : مراتب الشفعاء .

يرى الحنفية والإباضية أن الشفعاء مراتب ثلاثة. ويرى جمهور الفقهاء أن الشفعاء مرتبة واحدة. والمالكية والشافعية<sup>(1)</sup> في مذهبه، رغم اتفاقهم مع الجمهور على أن الشفعاء مرتبة واحدة، وأن الشفيع هو الشريك فقط، غير أنهم يرون أن الشركاء ليسوا في درجة واحدة، بالنسبة لاستحقاقهم الأخذ بالشفعة، إلا إذا كانوا جميعاً أصلاء في اشتراكهم في العقار. أما إذا كانت شركة بعضهم نتيجة وراثته لشريك في العقار قد توفي، أو كانت نتيجة لشركته ابتداءً في حصة شائعة، فإن الشريك الأخص، وهو المشارك في السهم يقدم على الشريك الأعم. ومن ثم يكون الشفعاء عند المالكية<sup>(2)</sup> مراتب ثلاثة. ونوضح مراتب الشفعاء عند كل من الحنفية والإباضية من جهة، والمالكية من جهة أخرى، في بدين اثنين .

### البند الأول : مراتب الشفعاء عند الحنفية والإباضية .

يرى الحنفية<sup>(3)</sup> والإباضية<sup>(4)</sup> أن الشفيع أولاً هو الشريك في نفس المبيع. فإن لم يوجد، أو وجد ولكنه تنازل عن حقه في الشفعة، ثبتت ثانياً للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع. والشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، هو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار الخاص، كالشرب، والطريق الخاصين. ثم تثبت الشفعة في المرتبة الأخيرة للجار الملاصق .

ودليل الحنفية على هذا الترتيب هو قوله - صلى الله عليه وسلم - " الشريك أحق من الخليط والخلط أحق من غيره " .

قالوا: إن المؤثر في حق ثبوت الشفعة، هو دفع ضرر الدخيل وأذاه، وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال، والاتصال يكون على هذا الترتيب. فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى، لأنه في كل جزء من الاتصال

<sup>(1)</sup> المارودي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص39. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص381 .

<sup>(2)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص178 .

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص8. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص166 .

<sup>(4)</sup> محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص339، 340 .

بالشركة في حقوق الارتفاق، والاتصال بحقوق الارتفاق أقوى من الاتصال بالجواري. والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح .

فإن سلم الشريك في العقار، وجبت للشريك في حق من حقوق الارتفاق. وإن اجتمع شريكان في حق من حقوق الارتفاق، يقدم الأخص على الأعم منهما. فإن سلم الشريك في حقوق الارتفاق، وجبت للجاري<sup>(1)</sup>.

## البند الثاني : مراتب الشفعاء عند الملكية .

يرى المالكية<sup>(2)</sup> أن الشفعاء مراتب ثلاثة، وهم المشارك للبائع في فرض الإرث أولاً. ثم الوارث غير المشارك في فرض الإرث، سواء كان صاحب فرض أم عاصب. ثم الأجنبي. وهناك رأي آخر، وهو رأي مرجوح وخلاف ما جاء في المدونة، وهو أن المراتب أربعة: وهم المشارك في السهم، ثم من يرث بالفرض، غير المشارك في السهم، ثم من يرث بالتعصيب، ثم الأجنبي .

### أولاً : المشارك للبائع في فرض الإرث .

من المعلوم في علم الميراث أن الورثة يشترك بعضهم مع بعض في السهم، إذا كانوا في نفس الدرجة والجهة والقوة. فالجدتان تشتركان في السدس. والأخت الشقيقة والأخت لأب، يشتركان في الثلثين. وكذا البنت وبنت الابن يشتركان في الثلثين. والزوجات يشتركن في الربع أو الثمن، بحسب وجود الفرع الوارث أو عدم وجوده. فهؤلاء جميعاً أصحاب فرض واحد، فإذا باع أحدهم نصيبه، كان المشارك له في فرض الإرث، أولى بنصيبه من بقية الورثة. ومن الشريك الأجنبي .

فلو فرضنا أن داراً مشتركة بين اثنين، مات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقيقتين، فباعت إحدى الجدتين نصيبها من الدار، أو إحدى الزوجتين، أو إحدى الشقيقتين، فإن شريكها في السهم، تكون أولى من بقية الورثة، ومن الشريك الأجنبي. فتكون الجدة الأخرى أولى بأخذ نصيب زميلتها لاشتراكهما في السدس. وتكون الزوجة الثانية، أولى من بقية الورثة، ومن الشريك الأجنبي بنصيب ضررتها، لاشتراكهما في الربع أو الثمن، بحسب حالة وجود الفرع الوارث وعدمه<sup>(3)</sup>.

والأمر نفسه في حالة الأخت الشقيقة مع الأخت لأب، أو البنت مع بنت الابن. فإذا باعت الأخت الشقيقة أو البنت نصيبها، وهو النصف، أخذته الأخرى بالشفعة دون بقية الورثة من العصبية، أو الأجنبي. لمشاركتها

<sup>(1)</sup> ويرى أبو يوسف أنه إذا سلم الشريك، فلا شفعة لغيره. لأن حق الشفعة عند البيع كان للشريك، لا لغيره لأن غيره لا يملك المطالبة، فإذا سلم سقط الحق أصلاً. والصحيح عند الحنفية هو ما ذهب إليه ظاهر الرواية لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق، إلا أنه يرجح البعض على البعض لقوة التأثير. فإذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم وجعلت كأنها لم تكن، فبراعى الترتيب في الباقي كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداءً - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص8 .

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص211. - الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص177. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص400، 401 .

<sup>(3)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص211. - الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص177 .



للباعثة في الإرث وهو الثلثان، لأن السدس الذي أخذته الأخت لأب أو بنت الابن، ليس فرضاً مستقلاً بل هو تكملة للثلثين .

- ويدخل المشارك للبايع في فرض الإرث مع من بعده من الشفعاء دون العكس . فمن مات عن ابنتين وعمين، فباع أحد العمين نصيبه فهو للجميع، ولا يختص به العم . ومن مات عن بنات فماتت إحداهن عن أولاد، فإذا باعت إحدى البنين نصيبها، دخل مع الأخرى أولاد الميتة . وإذا باع واحد من أولاد الميتة، لم يدخل في حصته واحدة من باقي الحالات . وإنما كان أصحاب الوراثة السفلى أخص، لأنهم أقرب إلى الميت الثاني<sup>(1)</sup> .

ويدخل الوارث ذو الفرض، أو العاصب، على الموصى لهم . فإذا أوصى شخص لجماعة بثلاث عقاره، فباع أحدهم حصته، فلا يختص بالشفعة بقية الموصى لهم، بل يدخل معهم الوارث<sup>(2)</sup> .

### ثانياً : الوارث غير المشارك في فرض الإرث .

ويأتي في المرتبة الثانية الوارث غير المشارك في فرض الإرث، سواء كان صاحب فرض آخر، أو عاصباً . فلو توفي رجل عن أرض شركة بينه وبين آخر، وترك ابنتين وأماً وعماً، فإذا باعت إحدى البنين حصتها، فالشفعة تكون للبنات الأخرى . فإذا سلمت البنت الشفعة، تكون الشفعة للأُم والعم، أي لبقية الورثة من العصبية، وأصحاب الفروض دون الشريك الأجنبي . جاء في المدونة: "قلت: لو هلك رجل، وترك ابنتين وعصبية، وترك نصف دار شركته فيها مشاعة، غير مقسومة . فباعت إحدى الأختين حصتها فسلمت أختها الشفعة، أتكون الشفعة للعصبية دون الشركاء في قول مالك . قال: نعم . لأن العصبية والبنات أهل وراثة دون الشركاء"<sup>(3)</sup> .

ويدخل الوارث غير المشارك في فرض، على من بعده من الشفعاء دون العكس . فلو أن داراً مشتركة بين ثلاثة أشخاص، وتوفي أحدهم، وترك ولدين . ثم باع أحد الولدين حصته الموروثة من أبيه لأجنبي، فإن أخذها بالشفعة يكون من حق أخيه فقط . ولا يكون لشركاء أبيه حق أخذها بالشفعة، إلا إذا ترك أخوه حقه فيها . ولكن إذا باع أحد الشركاء حصته، اشترك في أخذ الشفعة جميع الشركاء، بمن فيهم ورثة من توفي .

### ثالثاً : الأجنبي .

ويأتي في المرتبة الثالثة والأخيرة الأجنبي . فلو كانت أرض شركة على الشيوع بين رجلين، فمات أحدهما عن زوجتين وأختين وعمين . فإذا باعت إحدى الزوجتين نصيبها، اختصت به الأخرى، دون بقية الورثة والشريك الآخر، لاشتراكهما في سهم واحد . فإذا أسقطت هذه الزوجة حقتها في الشفعة، كانت الشفعة لبقية الورثة من العصبية، وأصحاب الفروض، دون الشريك . فإذا أسقطوا حقتهم كانت الشفعة للشريك الأجنبي<sup>(4)</sup> .

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 400 .

<sup>(2)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 233، 234 . - الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 177، 178 .

<sup>(3)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 401 .

<sup>(4)</sup> الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 178 .

## مناقشة وترجيح :

لقد بنى المالكية نظريتهم في ترتيب الشفعاء على قواعد الميراث. فمن المقرر في هذا العلم أن الوارث بالفرض، مقدم على الوارث بالتعصيب. ومن ثم قالوا: إن المشتركين في السهم الواحد، إذا باع أحدهم نصيبه، فإن شريكه في السهم أولى به من بقية الورثة. وهكذا يتقدم أهل السهم على العصبية، والعصبية على بقية الشركاء على اعتبار " أن السهم شيء مسمى في كتاب الله تعالى، والعصبية ليس لهم سهم مسمى في كتاب الله تعالى"<sup>(1)</sup>.

غير أنه إذا نظرنا في موضوع الشفعة، نجد أن الشارع راعى اعتبار الشركة، لاسببها. فحيثما وجد شركاء، ثبت لأحدهم على الآخر حق الشفعة إذا باع نصيبه، بغض النظر عن سبب هذه الشركة، هل هي نتيجة ميراث، أو نتيجة بيع، أو نتيجة هبة، أو غير ذلك من أسباب الملك. ثم إن الحكمة التي شرعت لأجلها الشفعة هي دفع ضرر الشريك الجديد سواء كان الضرر مؤنة القسمة، أو ضرر سوء المشاركة، وهو حق أعطي لكل الشركاء. فبأي دليل وقع تخصيص أهل السهم دون غيرهم من الشركاء .

وعليه فإنه لما تساوى في الاشتراك، وجب أن يتساوى في استحقاق الشفعة. وما أخذ بالشفعة، أخذت به الشفعة. فالعاصب لو باع حصته شاركه أهل السهم، كذلك إذا باع أهل السهم، وجب أن يشاركهم العاصب . وهكذا يبدو لي أن ما ذهب إليه المالكية ليس له أصل يعتد به. أو ثبت اعتبار الشارع له. لأن الأساس الذي قامت عليه الشفعة هو الشركة لاسببها .

- ورأي المالكية وإن لم يكن قويا من الناحية الفقهية، ومع ذلك فقد يصلح سنداً ملائماً، تتوخى به تحقيق بعض المصالح في ظروف معينة. ولعلني أجد مثالا تطبيقيا لهذا القول، فيما ورد في قانون الخوصصة رقم 95 - 22 الصادر في 26 أوت 1995 . فالمادة 37 والمادة 46 من هذا القانون، تعطيان للعمال العاملين في المؤسسة العمومية التي يراد خوصصتها حق الانتفاع بالشفعة. فلو فرضنا أن مؤسسة عمومية، يراد بيعها لشخص معين، فإن من حق العمال العاملين في هذه المؤسسة أخذ 20% من رأس مال هذه المؤسسة بالشفعة، كما بينته المادة 37. ونجد القانون يشترط على العمال تنظيم أنفسهم ضمن شركة معينة، تحدد فيها سهام كل مستفيد بدقة، كما بينته المادة 2/37، والمادة 3/46 .

فلو فرضنا أن عاملا من العمال المستفيدين باع سهامه لأجنبي، فإن القواعد العامة تقضي بأنه يحق لكل من شركة العمال، والشخص الذي اشترى المؤسسة أخذ هذه السهام بالشفعة. ولكن تماشياً مع روح القانون والظروف القائمة التي تسعى للمحافظة على حقوق العمال، ومكسباتهم الاقتصادية والاجتماعية. فإنه يمكننا أن نقول: إن هذه السهام تكون من حق العمال فقط. ولا نجد أمامنا سنداً فقهياً، إلا ما قاله المالكية، من أن أهل السهم الواحد أحق بالشفعة، إذا كان ذلك نتيجة لشركة إبداء في حصة شائعة .

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 400 .

## الفرع الثاني : كيفية توزيع العقار المشفوع فيه عند التزامهم .

بناء على ما سبق بيانه في ترتيب الشفعاء، في الفرع السابق . فإذا بيع عقار وكان له شفعاء متعددون، وكل واحد منهم يريد أخذه بالشفعة، فما السبيل لأخذ كل شفيع حقه ؟  
في هذه الحالة لا يخلو حال الشفعاء من أحد أمرين، فهم إما أن يكونوا في مرتبة واحدة، أو يكونوا في مراتب متفاوتة . ونوضح ذلك في بندين اثنين .

### البند الأول : الشفعاء في مراتب متفاوتة .

إذا تفاوتت مراتب الشفعاء، ولم يكونوا في مرتبة واحدة . بحيث كان أحدهم شريكا في العقار المبيع، والآخر شريكا في حق من حقوق الإرتفاق الخاصة، والآخر جار ملاصق . فإنه مما لا شك فيه، كما اتضح لنا سابقا أنه يقدم الشريك في المبيع أولا، ثم الشريك في حق من حقوق الإرتفاق، ثم الجار الملاصق . وهذا ما ذهب إليه الحنفية<sup>(1)</sup> والإباضية<sup>(2)</sup> . أما الجمهور فإن الشفعاء عندهم مرتبة واحدة .

والمالكية وإن اتفقوا مع الجمهور على أن الشفيع هو الشريك فقط، إلا أنهم صنفوا هذا الشريك إلى مراتب ثلاثة كما سبق بيانه . وعليه فإنه إذا بيع عقار، وكان فيه شركاء متعددون، فإنه يقدم المشارك في فرض الإرث أولا . فإن لم يوجد أو وجد ولكنه تنازل، فإنه يقدم ثانيا الوارث غير المشارك في فرض الإرث، سواء كان صاحب فرض آخر، أو كان عاصبا . فإن لم يوجد أو وجد ولكنه تنازل، فإنه يقدم أخيرا الشريك الأجنبي .  
- وقد فرع الحنفية فروعا أخرى على مذهبهم في ترتيب الشفعاء فقالوا<sup>(3)</sup> :

المشارك في حائط الدار، في حكم المشارك في نفس الدار . أما صاحب الأخشاب الممتدة على حائط جاره، فيعد جارا ملاصقا لا شريكا . وكل من صاحب الطابق الأعلى، وصاحب الطابق الأسفل، جار ملاصق لا شريكا . وإذا باع صاحب حق الشرب أو الطريق أرضه فقط، دون حق الإرتفاق، فليس للشركاء في حق الإرتفاق شفعة .

وإذا اجتمع صنفان من الشركاء، يقدم الأخص على الأعم . فالمشترك في شرب من جدول، أولى من المشترك في الشرب من نهر عام .

### البند الثاني : الشفعاء في مرتبة واحدة .

فإن كان الشفعاء في مرتبة واحدة كالشركاء في البيع مثلا، وزاحم بعضهم بعضا في طلب الشفعة، فهل يقسم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوي، أو يأخذ كل واحد منهم بنسبة ملكه في العقار المشاع ؟

<sup>(1)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص379 .

<sup>(2)</sup> محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص339 .

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص8، 9، 10 .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين. قال أحدهما: يأخذ كل شفيع بنسبة ملكه في العقار المشاع. وقال الثاني: يأخذون بالتساوي. وإليك بيان المذهبين

**المذهب الأول:** وهو مذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والإباضية<sup>(2)</sup> والظاهرية ورواية عن أحمد<sup>(3)</sup> والشافعي في القديم<sup>(4)</sup> وهو اختيار المزي وبعض متأخري الشافعية<sup>(5)</sup> وابن عقيل، وروي ذلك عن النخعي والشمسي، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري.

وقد ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أن الشفعة تقسم بين الشفعاء بالسوية، بحسب عدد أفرادهم لا بقدر الملك أو السهام. لاستواء الشركاء في سبب استحقاق الشفعة، وهو الاتصال بالشركة أو الجوار. أي أنهم متساوون في أصل الشركة لا قدرها، وأصل الجوار لا قدره. بحيث لو كان للدار شريك واحد أو جوار واحد، أخذ كل الدار بالشفعة، كثرت شركته وجواره أو قل. فإذا اجتمعوا تساوا كما لو تساوا في الملك، كاستواء البنين في الميراث، وكالمعتق في سراية العتق. بحيث لو كان هناك عبد مشترك بين ثلاثة، يملك أحدهم نصفه، ويملك الآخر ثلثه، ويملك الثالث سدسه، فإذا أعتق صاحب النصف والسدس حقوقهما معا، قوم الثلث عليهما نصفين، وعتق بينهما بالسوية، كذلك الشفعة.

وقالوا: إن حق الشفعة ثبت لدفع أذى الدخيل وضرره، والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل العقار المشفوع فيه لابعضه، أو قدر ما يملك.

قالوا: ولأنه - صلى الله عليه وسلم - قال: "فشريكة أحق به". فهذه تسوية بين جميع الشركاء، ولو كان هناك مفاضلة لبينها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم يجعل الأمر، فبطلت المفاضلة. كما أنه لا اختلاف أنه إذا أوصى شخص لورثة شخص آخر، فإنهم في الوصية سواء، لا يقسمون الوصية على حصص الميراث<sup>(6)</sup>.

**المذهب الثاني:** وهو مذهب الحنابلة<sup>(7)</sup> والشافعي<sup>(8)</sup> في الجديد والمالكية<sup>(9)</sup> وروي هذا عن الحسن وعطاء وابن سيرين، وقد ذهب هؤلاء إلى أنه إذا استحق الشفعة جمع من الشركاء، أخذوا بها بنسبة حصصهم

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص5. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص377.

<sup>(2)</sup> محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص414.

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص523.

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص40. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص381.

<sup>(5)</sup> قال الإسوي "القول بأخذ الشفعة على قدر الحصة لأعلى الرؤوس، خلاف مذهب الشافعي". الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص305.

<sup>(6)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص99.

<sup>(7)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص523، 524.

<sup>(8)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص41. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص305. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص213.

<sup>(9)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص211. - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص220. - سحنون، المدونة الكرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص401.

في الملك . فلو كانت أرض بين ثلاثة، للأول نصفها، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، فإذا باع الأول حصته أخذ الثاني سهمين، والثالث سهما، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1 - الشفعة حق مستحق بسبب الملك، فكان على قدره، كأجرة الدكان وثمره البستان . أو أن الشفعة عبارة عن منافع الملك، فتوزع على قدره، كالأرباح في التجارة، والنتاج في الحيوان .

2 - الشفعة شرعت لدفع الضرر المحتمل من الدخيل الجديد، كمصاريف وتكاليف القسمة، أو المهابة الزمانية أو المكانية، أو نقصان قيمة العقار بعد القسمة النهائية أو غيرها . وهذا الضرر يمس كل واحد من الشركاء، غير أنه يقل ويكثر بحسب نسبة ما يملكه كل شريك لا بالتساوي، فوجب إذن أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر عن تلك النسبة من الحصص . قال الخرخشي: " الشفعة وجبت لشركتهم لا لعدددهم فيجب تفاضلهم فيها بتفاضل أصل الشركة ."<sup>(1)</sup> .

3 - ردوا على أصحاب المذهب الأول، حين شبهوا الشركاء في الشفعة كالمعتين في سراية العتق . فقالوا: إن العتق استهلاك، ويستوي فيه القليل والكثير . ألا ترى أن صاحب الحصص المقومة من العبد، لو رضي باسترقاق حصته، ورضي العبد بها، لم يجز، وأعتقت على الشريك . ولو رضي الشريك بترك شفعمه جاز .

4 - وردوا عليهم أيضا في تشبيههم للشركاء في الشفعة، بالأبناء في الميراث، بأن هذا قياس مع الفارق . لأن الأبناء لما تساووا في التسبب وهو البنوة، تساووا في الإرث، فكان الشفعاء تساووا بينهم . ومع هذا فإن قولهم منتقض بالابن والأب أو الجد، أو بالجد مع الإخوة، وبالفارسان مع الرجال في الغنيمة، وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم، أو الثلث عن وصية أحدهم .

**ترجيح :** ويبدو لي أن المذهب الأول هو الراجح . لأنه لو كان سبب الشفعة هو قدر الشركة لأصلها، وقدر الجوار لأصله، لوجب على أصحاب المذهب الثاني، أن يحكموا على أنه إذا انفرد الشفيع أخذ قدر ملكه، وهذا ما لا يقولون به . فلما اتفق الجميع على أنه إذا كان الشفيع واحدا، فإنه يأخذ كل العقار المبيع، لا قدر ملكه، كان القول بقسمة العقار المشفوع فيه على عدد الأفراد، لا بنسبة ملكهم عند التعدد أرجح وأصوب .

### الفرع الثالث : تراحم الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم

وإذا كان المشتري هو شفيع أيضا، فهل يزاحمه بقية الشفعاء ؟ فلو فرضنا أن عقارا مشترك بين ثلاثة أو أكثر على الشروع، وباع أحدهم نصيبه من العقار لأحد شريكه، فهل يحق للشريك الثاني، أن يطالب بالشفعة من المشتري الذي هو شفيع مثله ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال .

<sup>(1)</sup> الخرخشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص173 .

القول الأول : وقد حكاه ابن الصباغ عن بعض الفقهاء<sup>(1)</sup>، أن الشفعة كلها لغير المشتري، ولا شيء للمشتري فيها . لأنها تستحق عليه، فلا يستحقها على نفسه .

القول الثاني : وقد قال به الإباضية<sup>(2)</sup> والحسن والشعبي والبيتي، وقد قالوا: إنه لا شفعة لبقية الشركاء، إذا كان المشتري شفيعا مثلهم . لأن الشفعة ثبتت لدفع ضرر الشريك الجديد، وهذا شركته قديمة، فلا ضرر في شرائه . ومن جهة أخرى فإن الشفيع يشفع على الأجنبي، الذي يريد أن يقتحم حرم الخطاء، وهذا واحد من الخطاء، فلا يصح أخذ العقار منه بالشفعة .

القول الثالث: وقد قال به جمهور الفقهاء<sup>(3)</sup> منهم المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية، قالوا: إن لبقية الشركاء الحق في أن يشفعوا مع المشتري الذي هو شفيع في الشقص الذي اشتراه . واستدلوا على ذلك بأن الشركاء لما تساووا في الشركة تساووا في الشفعة . ولأن الضرر يحصل بشراء السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل الشراء .

وردوا على القول الأول الذي حكاه ابن الصباغ، بأن ليس في هذا إثبات حق له على نفسه، لأنه لم يملك بالشراء الشفعة على نفسه، وإنما أسقط بالشراء الشفعة على نفسه، فيما ملك عقده بالبيع .

ولأنه إذا جاز للشريك أن يملك المبيع بالخطأ دون الشراء، فأولى أن يملكه بالخطأ والشراء معا، لأنهما أقوى سببا وأثبت تملكاً . ولأن الشريك قد يملك بالشراء تارة، وبالشفعة تارة أخرى، فإذا ملك الشريك كل الشقص بالشفعة، لم يكن لشريكه إبطال حقه من الشفعة، وجب كذلك إذا ملك بالشراء ألا يستحق إبطال حقه، وإنما يأخذ قدر حقه<sup>(4)</sup> . وقد جاء في المدونة: "قلت وكان مالك يقول: لو أني اشتريت شقصاً من دار، وأنا شفيع هذا الشقص قبل اشتراي إياه، ولهذا الشقص معي شفيع آخر، ألي الشفعة فيما اشتريت مع الشفيع؟ قال مالك: لهما الشفعة بينهما على قدر حظوظهما، ولا يخرج من الشفعة اشتراؤه الشقص، وله الشفعة فيما اشتري عند مالك"<sup>(5)</sup> .

## مناقشة وترجيح :

بالنظر في الأقوال السابقة، نجد أن القول الأول لا يستقيم، وقد رد عليه الجمهور بما يكفي . أما القول الثاني فقد تمسك بحكمة الشفعة، ومن ثم لم يثبتها لباقي الشركاء، مادام المشتري واحداً منهم . لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشريك الجديد، وهذا شريك قديم، فلا ضرر من وراء شرائه . أما جمهور الفقهاء فقد تمسكوا بعلّة

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 526 . - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج 1، ص 381 .

<sup>(2)</sup> أطفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج 11، ص 446 . - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 525 .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 93 . - الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 173 . - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 220 . - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 526 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 5، ص 178 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 93 .

<sup>(5)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 407 .

الشفعة، وهي الشركة، ومن ثم أثبتوا الشفعة لكل شريك، بغض النظر عن المشتري من يكون، هل هو شريك أيضا أم أجنبي. وهذا تعليل بالوصف الظاهر المنضبط، وهو منهج أكثر الفقهاء والأصوليين في تعليل الأحكام<sup>(1)</sup>.

ولاشك أن كلا القولين سليم من الناحية الفقهية. فإن الأئمة الكبار عللوا بالوصف الظاهر، كما عللوا بالحكمة أيضا، وذلك منهج واضح في الأحكام الفقهية التي ورثناها عليهم. وإن كنت في هذه المسألة أميل إلى القول الذي علل بالحكمة لتحقيق مصلحة المشتري في هذه الصفقة، وإلا لما أقدم عليها. واتقاء وجه الضرر عن غيره من بقية الشركاء، مهما كان الضرر الذي قيل به، هل هو سوء المشاركة أو مؤونة القسمة، لكونه شريكا قديما. ولأن العلة على الحقيقة هي الحكمة، وهذا ما صرح به أكثر الأصوليين، وأن الوصف الظاهر ما هو إلا ضابط لها فقط<sup>(2)</sup>.

والتعليل بالحكمة هو منهج القرآن والسنة والصحابة والتابعين والعلماء قبل ضبط المذاهب وأقيستها وقواعدها، وهذا ما جعل الشاطبي لا يتقيد بشرط الظهور والانضباط في العلة كما تقيد غيره، بل اعتبر العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة نفسها فقال: "فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها، أو المفسدة لا مظنتها"<sup>(3)</sup> كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة<sup>(4)</sup>.

## المطلب الثاني

### تعدد الشفعاء وتزاممهم في القانون المدني الجزائري

عالج القانون المدني الجزائري مسألة تعدد الشفعاء وتزاممهم في المادة 796<sup>(5)</sup> منه، والتي جاء فيها بأنه: "إذا تعدد الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه. وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا، بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته، أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى". وجاء في المادة 795<sup>(6)</sup> أن حق الشفعة يثبت: "لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الاتقاع المناسب للرقبة، للشريك في الشروع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي. لصاحب حق الاتقاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

<sup>(1)</sup> الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، المرجع السابق، ج3، ص224، 225.

<sup>(2)</sup> محمد مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، ص229، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة سنة، 1986م، 1406هـ.

<sup>(3)</sup> المظنة: هي الأمانة أو العلامة التي جعلها الشارع سببا للحكم، بحيث ينضبط بها كالسفر مثلا، فهو علامة للحكم المتعلق بقصر الصلاة وعلامة الفطر في الصوم.

<sup>(4)</sup> أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشهير بالشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام، ج1، ص185، دار الفكر.

<sup>(5)</sup> والتي تقابلها المادة 937 من القانون المدني المصري.

<sup>(6)</sup> والتي تقابلها 936 من القانون المدني المصري.

يتبين لنا من خلال هذه النصوص، أنه إذا زاحم الشفعاء بعضهم بعضاً، في طلب الشفعة، فإنه لا يخلو وضعهم من حالات ثلاث: فهم إما أن يكونوا من طبقة واحدة، أو من طبقات مختلفة، أو يكون المشتري هو نفسه شافعاً، فهذه ثلاثة أحوال لتزاحم الشفعاء. وفي هذا الصدد ترد علينا حالة من نوع خاص، وهي حالة كون الدولة أو الجماعات المحلية شريكة في عقار،<sup>(1)</sup> فهل يثبت لها حق الشفعة؟ إذا باع شريكها نصيبه لأجنبي، وما هي مرتبتها في ترتيب الشفعاء؟ .

نعالج هذه الحالات الأربع في أربعة فروع. الأول: تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة. الثاني: تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة. الثالث: تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شافع مثلهم. الرابع: مرتبة الدولة والجماعات المحلية في ترتيب الشفعاء .

## الفرع الأول : تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة .

إذا زاحم الشفعاء بعضهم بعضاً في طلب الشفعة، وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضاً، استحق الشفعة منهم، من كان أعلاهم طبقة، دون غيره من الطبقات الأدنى. وبالرجوع إلى المادة 795 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا أن طبقات الشفعاء ثلاثة مراتب، مالك الرقبة، والشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع مرتبة بالترتيب الآتي .

### الطبقة الأولى : مالك الرقبة .

ويشفع مالك الرقبة في حق الانتفاع، وهو مقدم على غيره من الشفعاء. فإذا كان هناك عقار، يملكه شخص واحد، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة عدة أشخاص في الشيوخ، وباع أحد أصحاب حق الانتفاع نصيبه، كان الشفعاء في هذا النصيب هم مالك الرقبة أولاً، ثم بقية أصحاب حق الانتفاع، باعتبارهم شركاء في الشيوخ في حق الانتفاع الذي بيع بعضه، فإذا تقدم جميع هؤلاء الشفعاء لطلب الشفعة، قدم مالك الرقبة أولاً لأنه في الطبقة الأولى من الشفعاء، واستقل وحده في الأخذ بالشفعة، فإذا تنازل عن حقه، جاز بعد ذلك للشركاء في الشيوخ في حق الانتفاع طلب الشفعة<sup>(2)</sup> .

### الطبقة الثانية : الشريك في الشيوخ .

والمراد بالشريك في الشيوخ، هو من كان شريكاً في عقار مملوكاً ملكاً تاماً لعدد من الشركاء في الشيوخ، أو من كان شريكاً في الشيوخ في حق انتفاع في عقار .

فإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوخ، وقد رتباً عليه حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة في الشيوخ. وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لأجنبي، كان الشفعاء في هذه الحصة، هم الشريك المشاع الآخر

<sup>(1)</sup> كما هو واضح من المادة 98، 99 من القانون 90 - 30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص598 .



في الرقبة، وصاحب حق الانتفاع. ولما كان الشريك المشتاع الآخر في الرقبة، هو شريك في الشيوخ، فهو في الطبقة الثانية، وصاحب حق الانتفاع في الطبقة الثالثة. فإنه يتقدم على صاحب حق الانتفاع، ويأخذ وحده العقار المشفوع فيه<sup>(1)</sup>.

### الطبقة الثالثة : صاحب حق الانتفاع .

ويشفع صاحب حق الانتفاع في الرقبة، ومرتبته هي المرتبة الأخيرة في ترتيب الشفعاء . فلو كان هناك عقار مملوكا لشخص، وقد رتب عليه حق انتفاع، فأصبح مالكا للرقبة وحدها ثم باع الرقبة، ففي هذه الحالة، فإنه لا يوجد شريك مشتاع في الرقبة، ومن ثم فإن صاحب حق الانتفاع هو الشفيع الوحيد، فيستقل بأخذ العقار المشفوع فيه<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : تزامم الشفعاء وهم من طبقة واحدة .

تنص الفقرة الثانية من المادة 796 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة، استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه". تبني النص مذهب جمهور فقهاء الفقه الإسلامي، الذين يرون أن الشفعاء لا يتساوون في أخذ الشفعة، وإنما يأخذ كل واحد منهم بنسبة نصيبه، في ملكية العقار. كما سبق بيانه في المطلب الأول من المبحث الثالث، المتعلق بتعدد الشفعاء وتزاممهم في الفقه الإسلامي .

فلو فرضنا أن هناك ثلاثة شركاء في رقبة عقار، ويشفعون في حق انتفاع، وأحدهم يملك نصف الرقبة، والثاني يملك الثلث، والثالث يملك السدس. فإنهم يقتسمون حق الانتفاع الذي تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم، بنسبة نصيب كل منهم في ملكية الرقبة، وعليه فإن الأول يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع، والثاني يأخذ الثلث، والثالث يأخذ السدس<sup>(3)</sup>.

ولو فرضنا أن الشفعاء من الطبقة الثانية، وهم الشركاء في الشيوخ، وكان هناك عقار يملكه أربعة على الشيوخ، لأحدهم النصف، وقد باعه لأجنبي، ولكل من الثلاثة الآخرين السدس، فإن هؤلاء الثلاثة، يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذي أخذوه بالشفعة بالتساوي فيما بينهم. فيصبح العقار بعد أخذه بالشفعة، مملوكا لهؤلاء الثلاثة على الشيوخ بالتساوي فيما بينهم، لكل منهم الثلث. والكلام نفسه ينطبق فيما لو كان الشفعاء شركاء في الشيوخ في الرقبة، ويشفعون في حصة شائعة في الرقبة باعها أحدهم. وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء، شركاء في الشيوخ في حق الانتفاع، ويشفعون في حصة شائعة في حق الانتفاع باعها أحدهم<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 599 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 600 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 601 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 602 .

ولو فرضنا أن اثنين يملكان حق انتفاع على الشيوع بينهما بنسبة ثلثان لأحدهما، وثلثا للآخر. وبيعت الرقبة التي يملكان حق انتفاعها، فإنهما يأخذانها بالشفعة، بنسبة نصيب كل واحد منهما في حق الانتفاع. فيصبح الأول مالكا للعقار في الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلثين، ويصبح الآخر مالكا في الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلث<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث : تراخ الشفعاء مع المشتري وهو شفيع مثلهم .

تنص الفقرة الثالثة من المادة 796 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى".

يفترض النص أن المشتري نفسه، قد توافرت فيه وقت شراء العقار، شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، فهل يستطيع أن يشفع في هذا العقار شفيع آخر، أم لا ؟

إن هذا الشفيع الآخر غير المشتري، فهو إما أن يكون من طبقة أدنى من طبقة المشتري، أو من طبقة مساوية لطبقة المشتري، أو من طبقة أعلى من طبقة المشتري، فيجب إذن أن نبحت فروضا ثلاثة. الأول: تراحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته. الثاني: تراحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته. الثالث: تراحم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقته. ونوضح هذه الفروض الثلاثة في ثلاثة بنود .

### البند الأول : تراحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته .

من خلال النص السالف الذكر يتبين لنا أن الشفيع الذي يراحم المشتري، وهو شفيع أيضا فإن هذا الأخير يفضل على الشفعاء الذين هم أدنى منه طبقة .

وبناء عليه لو كان المشتري مالكا للرقبة، واشترى حصة أحد الشريكين، في حق الانتفاع. فلو تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع، باعتباره شريكا في الشيوع، أو تقدم لأخذ الشفعة الجار على مذهب من يعطي حق الشفعة للجار، لم يجوز لأي منهما الأخذ بالشفعة، عقارا اشتراه شفيع أعلى منهما طبقة. لأنه لو كان المشتري شخصا آخر غير مالك الرقبة، لكان مالك الرقبة نفسه شفيعا في الطبقة الأولى من الشفعاء. ولو زاخمه في الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى في حق الانتفاع، أو زاخمه الجار لفضل عليهما، باعتباره أعلى طبقة، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة في حق الانتفاع. فإذا كان هو الذي اشتراها، فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفيعين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة<sup>(2)</sup>.

ولو فرضنا أن العقار المبيع مشترك بين اثنين على الشيوع، فإذا باع أحدهما حصته الشائعة لشريكه، لا يستطيع الجار مثلا، وهو في الطبقة الأخيرة من الشفعاء - على مذهب من يعطي الشفعة للجيران - أن يأخذ

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص602 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص610 .

الحصة المبيعة بالشفعة، ويزاحم المشتري في شفעתه، لأنه أعلى منه طبقة. لأنه لو فرضنا أن المشتري شخص آخر، غير الشريك في الشيوخ، لكان الشريك في الشيوخ نفسه، شفيعا في الطبقة الثانية. ولا يستطيع الجار أن يزاحمه، وهو في الطبقة الأخيرة من الشفعاء. فإذا كان الشريك في الشيوخ هو المشتري، فإنه من باب أولى أن يفضل على الجار. وعليه فإنه لا يجوز للجار، أن يأخذ عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة<sup>(1)</sup>.

ولو فرضنا أن المشتري هو صاحب حق انتفاع، وقد اشترى الرقبة من صاحبها، فإن الجار لا يستطيع أن يأخذ الرقبة المبيعة بالشفعة، أو يزاحم صاحب حق الانتفاع، لأنه أعلى منه طبقة. ذلك أنه لو فرضنا أن المشتري هو شخص آخر، غير صاحب حق الانتفاع، لكان صاحب حق الانتفاع نفسه في الطبقة الثالثة بين الشفعاء، ولا يستطيع الجار أن يزاحمه وهو في الطبقة الأخيرة من الشفعاء. فإذا كان صاحب حق الانتفاع هو نفسه المشتري، فإنه من باب أولى أن يفضل على الجار ويتقدم عليه. ومن ثم فإنه لا يجوز للجار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني : تزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته .

قد يلبس الأمر على بعض الناس فيما لو زاحم المشتري شفعاء من نفس طبقته، فيظن أنه ليس للمشتري شفعة مع شفعاء من نفس طبقته، وإنما له الحق في الشفعة مع شفعاء أدنى من طبقته فقط. غير أن النص السالف الذكر، قد حسم الأمر وبين بوضوح أن المشتري إذا توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته .

وعليه لو فرضنا أن هناك عقار يملكه شخصان في الشيوخ، ورتبا عليه حق انتفاع، فأصبحا مالكين للرقبة فقط، واشترى أحدهما حق الانتفاع، لم يجز للشريك الآخر في الرقبة أن يأخذ بالشفعة، من الشريك الأول المشتري، ويشاركه في حق الانتفاع، لأن المشتري شفيع مثله، وفي طبقته وهي الطبقة الأولى<sup>(3)</sup>.

ولو كان هناك عقار مشترك بين أربعة أشخاص، وباع أحدهم حصته الشائعة إلى الشريك الثاني، لم يجز للشريك الثالث، أو الشريك الرابع، أو هما معا، أن يأخذا بالشفعة من الشريك الثاني، أو يشاركاه في الحصة الشائعة المبيعة. لأن المشتري شفيع مثله وفي نفس طبقته .

وإذا رتب صاحب عقار حق انتفاع، على عقاره لشخصين على الشيوخ، فأصبح مالكا للرقبة فقط. ثم باع الرقبة لأحد صاحبي حق الانتفاع، لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر، أن يأخذ بالشفعة من المشتري، ويشاركه في الرقبة. لأن المشتري شفيع مثله، وفي نفس طبقته<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص611.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص616.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص616.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص617.

## البند الثالث : تزامم المشتري مع شفعاء أعلى منه طبقة .

وهذا هو الفرض الوحيد الذي يفضل فيه الشفيع على المشتري، لأنه أعلى منه طبقة. فيجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري، ولا يستطيع المشتري أن يعترض. لأن سبب الشفعة في الشفيع أقوى من سببها في المشتري. وهناك رأي آخر يرى أن المشتري يفضل الشفيع الذي أعلى منه طبقة. ويستند في ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد، وإلى أن المشتري في هذه الحالة يجمع بين صفتي المشتري والشفيع. وهو رأي مرجوح. وقد فعل حسنا القانون المدني حين حسم الأمر، لصالح الشفيع ذي الطبقة العليا، على المشتري الشفيع ذي الطبقة الدنيا، حتى يكون هناك انسجام وتسلسل منطقي بين طبقات الشفعاء وتفاوت درجاتهم .

وترتبا على ما سبق لو فرضنا أن مالك العقار قد رتب على عقاره، حق انتفاع لشريكين في الشفيع، فأصبح لا يملك إلا الرقبة. وباع أحد الشريكين في حق الانتفاع حصته الشائعة في هذا الحق للشريك الآخر، فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه الحصه الشائعة من المشتري بالشفعة. ولا يستطيع المشتري الشريك في حق الانتفاع أن يعترض دعوى الشفعة، بأنه هو أيضا شفيع، لأنه شريك في الشفيع، ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة<sup>(1)</sup>.

ولو فرضنا أيضا أن رجلين يملكان عقارا في الشفيع ورتبا عليه حق انتفاع، فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة، وباع أحدهما حصته الشائعة في الرقبة لصاحب حق الانتفاع، فإن الشريك الآخر في الرقبة، له أن يأخذ هذه الحصه الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع، ولا يستطيع هذا الأخير أن يعترض دعوى الشريك، بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق انتفاع، ذلك لأن الشريك الآخر في الرقبة شريك في الشفيع فهو أعلى منه طبقة .

## الفرع الرابع : مرتبة الدولة والجماعات المحلية في ترتيب الشفعاء

إذا كان هناك عقار مملوكا ملكية مشتركة بين الدولة أو الجماعات المحلية، وأحد الأفراد الطبيعيين أو المعنويين، فهل إذا باع أحد الأفراد نصيبه يجوز للدولة والجماعات المحلية أخذ هذا النصيب بالشفعة ؟ وما هي مرتبتها في ترتيب الشفعاء ؟ وهل لذلك استثناءات معينة ؟ نوضح ذلك في بنود ثلاثة .

## البند الأول : حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة .

إذا باع أحد الأفراد نصيبه المشترك بينه وبين الدولة أو الجماعات المحلية، فإنه يجوز لهذه الأخيرة أخذ هذا النصيب المبيع بالشفعة، وهذا ما صرحت به نصوص قانونية كثيرة منها :

1 - المواد 52، 55، 57، 62، 71 من القانون 90 - 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري .

2 - المادة 26 من القانون 90 - 30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 الذي يتضمن قانون الأملك الوطنية .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص618 .

- 3 - المادة 118 من الأمر 76 - 105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم.
- 4 - المادة 24 من القانون 87 - 19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملالك الوطنية، وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم .
- 5 - المادة 41 من القانون 90 - 29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير .  
ونظرا لكثرة هذه المواد فإنني أكفي بتسجيل مادتين فقط .
- الأولى: المادة 2/24 من القانون 87 - 19 والتي جاء فيها " . . . ويمكن للدولة في جميع الحالات أن تمارس حق الشفعة " . المادة الثانية: وهي المادة 71 من القانون 90 - 25 والتي جاء فيها " ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية . وتطبق حق الشفعة المذكور مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم . ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني " .

### **البند الثاني : مرتبة الدولة والجماعات المحلية في ترتيب الشفعة**

وإذا كان القانون قد أعطى للدولة والجماعات المحلية الحق في أخذ العقار المبيع بالشفعة، فما هي مرتبتها في ترتيب الشفعة؟

تختلف مرتبة الدولة والجماعات المحلية في أخذ الشفعة بين حالتين . حالة أخذ العقار لا تخصيصه للمنفعة العامة، وحالة أخذه لتخصيصه للمنفعة العامة .

### **الحالة الأولى : حالة أخذ العقار لا لتخصيصه للمنفعة العامة .**

في هذه الحالة فإن مرتبة الدولة والجماعات المحلية تكون تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من القانون المدني . وهذا طبقا للمادة 2/52 من القانون 90 - 25 المتضمن التوجيه العقاري، والتي جاء فيها " . . . وفي هذا الإطار يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من القانون المدني " . وعلى هذا الأساس لو كانت هناك أرض وضعت للبيع وكانت الدولة مالكة لرقبتها، فلها أن تأخذها بالشفعة ومرتبها تكون هي الأولى . وإن كانت شريكة في الشيوخ فمرتبها تكون في الدرجة الثانية . وإن كانت صاحبة حق انتفاع فمرتبها تكون في الدرجة الثالثة .

### **الحالة الثانية : حالة أخذ العقار قصد تخصيصه للمنفعة العامة .**

أما إذا أخذت الدولة أو الجماعات المحلية العقار بالشفعة قصد تخصيصه للمنفعة العامة، فإن مرتبتها تسبق جميع الشفعة . وهذا ما صرحت به المادة 3/71 من القانون 90 - 30 المتعلق بالأملالك الوطنية، والتي جاء فيها

”ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية. . . ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني“.

وهذا أمر بديهي وواضح، فإذا أعطى القانون للدولة والجماعات المحلية حق الشفعة، بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية، فإنه تسهيلات لتحقيق هذا الهدف، لا بد أن تقدم مرتبة الدولة والجماعات المحلية على كل الشفعاء، مهما كانت مرتبتها في الملك، هل هي مالكة للرقبة، أو شريكة في الشيوخ، أو صاحبة حق انتفاع، وإلا صعب أو تعذر عليها توفير ما تحتاج إليه .

والحكمة من هذا التقديم والتفضيل مفهومة وواضحة، فالمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة. وإذا كان القانون قد أعطى للدولة حق نزع ملكية الغير من أجل المنفعة العامة، مع التعويض القبلي العادل والمنصف<sup>(1)</sup> فإنه من باب أولى أن تقدم الدولة على كل الشفعاء، إذا أرادت اكتساب ملكية عقار عن طريق الشفعة من أجل تخصيصه للمنفعة العامة .

وترتيباً على ما سبق، فلو كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوخ، ورتب عليه حق انتفاع لمصلحة الدولة أو الجماعات المحلية، فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة. ثم باع أحدهما نصيبه من الرقبة لأجنبي، فإن للشريك الآخر في الرقبة الحق في أخذ نصيب شريكه بالشفعة. غير أنه إذا كانت الدولة أو الجماعات المحلية ترغب في تخصيص هذا العقار للمنفعة العامة، فإنها تقدم على هذا الشريك في أخذ هذا العقار بالشفعة، رغم تأخر طبقته في ترتيب الشفعاء .

ولو كان هناك عقار يملكه شخص واحد، ورتب عليه حق انتفاع لمصلحة الدولة وشخص آخر، فأصبح لا يملك إلا رقبة العقار، أما انتفاعه فقد أصبح مناصفة بين الدولة والشخص الآخر. فإذا باع الشخص المستفيد من حق الانتفاع نصيبه لأجنبي، فإن مالك الرقبة وهو في الطبقة الأولى من الشفعاء أولى بهذا النصيب من الأجنبي. غير أن الدولة ومرتبها في الطبقة الأخيرة من الشفعاء، إذا كانت ترغب في تخصيص هذا العقار للمنفعة العامة، فإنها تقدم على مالك الرقبة في أخذ العقار المبيع بالشفعة، رغم تأخر طبقته في ترتيب الشفعاء .

### **البند الثالث : استثناءات .**

وما يمكن ملاحظته على مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالشفعة، إذا كانت الدولة أو الجماعات المحلية شريكة، فإن القانون لم يلتزم بما هو مشروع، بل جعل هناك استثناءات معينة منها .

<sup>(1)</sup> كما نصت على ذلك المادة 20 من دستور 28 نوفمبر 1996 .

## 1 - البيع بالتراضي دون المزاد العلني لأملاك الدولة .

الأصل أن بيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، التي ألغى تخصيصها للمنفعة العامة، ولم تعد صالحة للمصالح والمؤسسات العمومية، يكون عن طريق المزاد العلني . وهذا طبقاً للمادة 10 من المرسوم التنفيذي 91 - 454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها .

غير أنه يمكن أن تباع هذه العقارات بالتراضي دون المزاد العلني، إذا تعلق الأمر بالشفعة، كما صرحت بذلك المادة 11 من نفس المرسوم . وهذا أمر واضح لأنه لو بيعت هذه العقارات بالمزاد العلني لما جاز الأخذ فيها بالشفعة، كما هو صريح المادة 798 من القانون المدني . غير أنه لما وجد شفيع قد يستفيد من هذه العقارات، فقد تم تعديل إجراء البيع من المزاد العلني إلى التراضي عن طريق رخصة من وزير المالية، وبشأن لا يقل عن القيمة التجارية، ليتسنى لهذا الشفيع أخذ هذه العقارات بالشفعة .

## 2 - تمديد حق الشفعة إلى الجار .

إذا كان القصد هو تحسين الهيكل العقاري في المستثمر الفلاحية، فقد مد القانون حق الشفعة إلى الجوار . كما هو صريح المادة 57 من القانون 90 - 25 المتضمن التوجيه العقاري . رغم أن القانون المدني في المادة 795 حصر أسباب استحقاق الشفعة في مالك الرقبة، والشريك في الشيوخ، وصاحب حق الانتفاع، ولم يأخذ بالجوار كسبب من أسباب الشفعة . كما فعل القانون المدني المصري مثلاً في المادة 936 منه .

وعليه لو بيعت أرض بجوار مستثمر فلاحية، ولم يكن هناك مالك للرقبة، ولا شريك في الشيوخ وصاحب حق انتفاع، لأخذ هذه الأرض المبيعة بالشفعة، أو وجدوا ولكنهم لم يرغبوا في أخذها، فإن صاحب المستثمر الفلاحية باعتباره جارا لهذه الأرض، لا يحق له أخذ هذه الأرض بالشفعة، طبقاً للمادة 795 من القانون المدني . غير أنه إن كان القصد هو تحسين الهيكل العقاري للمستثمر الفلاحية، فإنه يجوز له طبقاً للمادة 57 من القانون 90 - 25 أخذ هذه الأرض بالشفعة . وإن كانت المادة لم توضح لنا من هو هذا الجار الذي يثبت له هذا الحق، هل هو الجار الملاصق؟ أم الجار غير الملاصق؟ وإن كان ملاصقاً، هل هو الملاصق من جهة واحدة أو من جهتين أو أكثر؟ وعلى كل حال فيمكن الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لضبط معنى الجار، وخاصة مذهبي الحنفية والإباضية القائلين بثبوت حق الشفعة للجار . وهذا طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كلما عدم نص تشريعي .

### 3 - الشفعة طريق استثنائي في تكوين الأملاك الوطنية .

الأملاك الوطنية هي مجموعة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها المحلية في شكل ملكية عمومية أو خاصة . وتمتلك الدولة وجماعاتها المحلية الأشياء بالطرق المعروفة في كسب الملكية، كالعقد، والتبرع، والتبادل، والتقدم، والاتصاق، والحيازة .

ومن المعلوم أن الشفعة تعد أيضا طريقا عاديا من طرق اكتساب الملكية، كما هو منصوص على ذلك في القانون المدني . غير أن قانون الأملاك الوطنية في المادة 26 منه، اعتبر الشفعة طريقا استثنائيا في تكوين الأملاك الوطنية، مثلها مثل نزع ملكية الغير للمنفعة العامة .

### 4 - إعطاء حق الشفعة للشاغل القانوني .

إذا كان هناك شخص معنوي يملك بناية معينة، فإذا أراد بيع أجزاء من هذه البناية، فإن الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع، يستفيد من حق الشفعة لشراء ما هو معروض للبيع، وهذا ما جاءت به المادة 23 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري . والسؤال لذي يطرح نفسه في هذا المقام هل يعتبر المستأجر شاغلا قانونيا يثبت له هذا الحق ؟

إن الذي يترجح لدي أن الشاغل القانوني يشمل المستأجر، ودليل هذا الرأي هو ما ورد في المادة نفسها وهو قوله " إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع أجزاء من البناية التي يملكها يستفيد الشاغل القانوني للجزء الموضوع للبيع من حق الشفعة لشرائه... " . فما دام هناك مؤجر، فلا يكون الشاغل القانوني إلا مستأجرا . ومما يؤكد هذا الفهم، أن هذه المادة وردت في الفصل الثالث من هذا القانون، تحت عنوان علاقة المؤجر بالمستأجر .

وفي هذا الحكم المستفاد من هذه المادة خروج عما هو مقرر قانونا، فمن المعروف أن حق المستأجر هو حق شخصي، وليس حقا عينيا، ومن ثم فلا تثبت له صفة الشفع، غير أن هذه المادة خرجت عما هو مقرر، نظرا لطبيعة الشخص المعنوي الذي عادة ما يكون غرضه هو تقديم خدمات للصالح العام، على خلاف الشخص الطبيعي الذي عادة ما يكون هدفه هو الربح التجاري .



# الفصل الثالث

## إجراءات الأخذ بالشفعة

اتفقت كلمة الفقه الإسلامي والقانون المدني على أن الشفعة تثبت، إما بالتراضي أو بالتقاضي. وهي تثبت بالتراضي متى طلب الشفيع العين المبيعة، وسلم المشتري بحق الشفيع في ذلك، فيحل حينها الشفيع محل المشتري في الصفقة، وتكون له جميع حقوقه والتزاماته .

غير أن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتقاضي، لأن المشتري لو كان في نيته التسليم بالشفعة، لما أقدم على الشراء من أساسه. لأنه من غير المعقول أن يشتري الإنسان شيئاً ليسلمه لغيره في اليوم الموالي، اللهم إلا إذا كان يجهل وجود الشفيع، أو كان يعلم بوجوده، ولكنه اعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة، أو نازع في أحقيته لأخذ الشفعة، كإعدام الصفة أو السبب .

وللتقاضي بالشفعة إجراءات معينة يقوم بها الشفيع. وقد اختلفت كلمة الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، في الإجراءات الواجب على الشفيع اتباعها، ليحصل على حقه .

وتولى توضيح هذه الإجراءات في المباحث الآتية. مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري. ويكون ذلك في ثلاثة مباحث تباعا .

المبحث الأول : إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري .

المبحث الثاني : إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : مقارنة بين إجراءات الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري .

# المبحث الأول

## إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري .

لا يكفي توافر شروط الأخذ بالشفعة، من حصول البيع، ووجود الشفيع، حتى يصبح الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه. بل لابد من اتباع إجراءات معينة رسمها القانون في المواد 799، 800، 801، 802، 803، ومن خلال هذه المواد يمكن لنا أن نقسم هذه الإجراءات إلى ثلاثة مراحل، وهي مرحلة إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، ومرحلة إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، ومرحلة رفع دعوى الشفعة .

ونوضح هذه المراحل الثلاثة، في ثلاثة مطالب وهي :

- المطلب الأول : إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة .
- المطلب الثاني : إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق .
- المطلب الثالث : رفع دعوى الشفعة .

## المطلب الأول : إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة

وقبل إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، ويعلن عنها، لابد أن يكون له أولاً علم بوقوع البيع. فإذا علم بالبيع وجب عليه أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد محدد، وإلا سقط حقه. ونوضح هذه النقاط الثلاثة تباعاً.

### أولاً : العلم بواقعة البيع .

ويحصل علم الشفيع بوجود البيع، عن طريق الإنذار الرسمي، الذي يجب أن يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، كما نصت على ذلك المادة 799 من القانون المدني. ليكون على بينة من أمره، فيقرر أخذ الشفعة أو تركها. ويجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع إذا كان واحداً، فإذا تعدد الشفعاء فيجب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم، حتى ولو تفاوتت طبقاتهم، لاحتمال أن يترك الشفعة الأعلى طبقة، فلا تفوت على من هو أدنى طبقة<sup>(1)</sup>.

وقد نصت المادة 800 من القانون المدني الجزائري على البيانات التي يجب أن يشتمل عليها الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع، وإلا كان باطلاً وهي :

أ - بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً، لتنتفي الجهالة عنه، فيذكر موقعه وحدوده ومساحته، ونسبة حصته إن كان شريكاً مشاعاً .

ب - بيان الثمن الذي بيع به العقار، والمصاريف الرسمية، كرسوم الوثيق، ورسوم التسجيل .

ج - شروط البيع الأساسية، التي تمت على أساسها الصفقة، حتى يستطيع الشفيع أن يوازن بين إقدامه على أخذ الشفعة، وإحجامه عنها. وإذا كان هناك أجل في الوفاء ببعض الثمن، فليس هذا من شروط البيع التي يجب ذكرها. لأن الشفيع ملزم بنص المادة 2/801 من القانون المدني، إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق .

د - اسم كلا من البائع والمشتري، ولقبهما، ومهنتهما، وموطنهما .

هـ - الأجل الذي قدره ثلاثون يوماً، ليعلن الشفيع رغبته في خلال هذه المدة. وإلا سقط حقه .

فإذا ما تسلم الشفيع الإنذار الذي وجهه إليه البائع أو المشتري بالبيانات السالفة الذكر، فإنه يستطيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار. غير أن ذلك لا يمنع الشفيع من إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، متى علم بالبائع، ولو لم يصله أي إنذار رسمي من طرف البائع أو المشتري. بل له أن يتجاوز مرحلة إعلان الرغبة، إلى مرحلة إيداع الثمن بين يدي الموثق، ورفع دعوى الشفعة مباشرة<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص625.

<sup>(2)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية وفقاً لقضاء النقض، ص102، 108. مطبعة أطلس القاهرة، الطبعة الثانية، 1990. - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص627.

## ثانيا : إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة .

ومتى علم الشفيع بوقوع البيع، وتيقن من وجوده عن طريق الإنذار الرسمي الذي وصله من البائع أو المشتري، فإنه يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري، كما نصت على ذلك المادة 799 والتي جاء فيها " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك" .

ويتبين لنا من خلال هذا النص أنه يجب على الشفيع أن يوجه رغبته إلى كل من البائع والمشتري، فإذا وجه رغبته إلى أحدهما دون الآخر، أو وجه رغبته إلى أحدهما في الميعاد المحدد، وإلى الآخر بعد الميعاد المحدد، كان ذلك باطلا، ومن ثم يسقط حقه في الشفعة. ذلك لأن كلا من المشتري أو البائع، أو ورثة من يتوفى منهم، خصم في دعوى الشفعة، إذا أخذت بالتقاضي، وطرف إذا أخذت بالتراضي، فالشفيع إذا ثبت له الحق في الشفعة يحل محل المشتري في مواجهة البائع، فيكون له حقوق المشتري قبل البائع، وعليه التزاماته نحوه. ومن ثم كان هو طرفا في الشفعة أو ورثته إذا توفي، والطرف الآخر هو كل من المشتري أو البائع، أو ورثة من توفي منهم<sup>(1)</sup> .

كما يجب أن يكون الإعلان الذي يعرب فيه الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، لكل من البائع والمشتري، إعلانا رسميا وإلا كان باطلا. كما نصت على ذلك المادة 1/801 فيوجه الشفيع الإعلان الرسمي إلى موطن كل من المشتري والبائع، أي إلى المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي. وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي. وهذا ما قضت به المادة 36 من القانون المدني، والتي جاء فيها: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي" أما المكان الذي يمارس فيه البائع أو المشتري، تجارة أو حرفة معينة فلا يعد موطنا إلا " بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة " . المادة 37 من القانون المدني .

ويكون إعلان الرغبة صحيحا، حتى ولو أرسله الشفيع إلى المحل الذي يكون فيه عمل البائع أو المشتري، وهو المكان الذي يقومان فيه باستيفاء مالهما من حقوق، وأداء ما عليهما من واجبات. لأن قصد القانون من تحديد الموطن بمحل السكن الرئيسي، أو مكان الإقامة العادي، هو تحديد المكان الذي يفترض أنه عالم بما يجري فيه مما هو متعلق بنفسه. وأنه موجود فيه دائما، ولو غاب عنه بعض الأحيان<sup>(2)</sup> .

وهل إذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، ثم بدا له أن يتراجع يجوز له ذلك ؟

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص629. - معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص92 .

<sup>(2)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص124 .

يرى العلامة السنهوري أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، هو تصرف قانوني صادر من جانب واحد .  
و بمجرد صدور هذه الإرادة من جانب الشفيع وإبلاغها إلى كل من البائع أو المشتري، فقد اكتملت عناصر الأخذ  
بالشفعة - والتي هي عبارة عن وجود البيع واقتران الشفيع أو الجوار مع العقار المشفوع فيه وإعلان<sup>(1)</sup> الرغبة -  
ومن ثم يحل الشفيع محل المشتري تجاه البائع بحكم القانون . وعليه فلا يستطيع الشفيع أن يرجع عن هذه الإرادة،  
و يعدل عن طلب الشفعة، بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها إلا برضاء المشتري . ولأنه لو سلم المشتري إثر إعلان  
برغبة الشفيع في الشفعة، فقد ثبت حق الشفيع واستقر، والحق لا يجوز إسقاطه بعد ثبوته<sup>(2)</sup> .

وهناك رأي آخر يرى أن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة، إلا بصور حكم قضائي يثبت حقه في ذلك، أو  
بالتراضي مع المشتري . وما دام لم يصدر حكم قضائي، أو لم يتراض مع المشتري، فإنه يجوز له أن يعدل عن طلب  
الشفعة بعد أن أعلن رغبته في الأخذ بها . أما إذا قبل المشتري طلب الشفيع وسلم له الشفعة وأخطره بهذا  
القبول، فعند ذلك فإنه لا يجوز للشفيع أن يرجع عن طلبه، لحصول تعاقد بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه، إلا  
بتراضي جديد<sup>(3)</sup> .

### ثالثا : ميعاد إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة .

يستطيع الشفيع بمجرد علمه بوقوع البيع، أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، دون انتظار إنذار  
البائع أو المشتري . وإن كان علم الشفيع بالبيع، لا يعفى البائع أو المشتري من الإنذار، بل يستطيع الشفيع أن  
يتجاوز ذلك، إلى رفع دعوى الشفعة مباشرة، بعد أن يودع الثمن بين يدي الموثق .

غير أنه إذا أُنذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، فإنه لا يستطيع أن يتجاوز مدة ثلاثين يوما من تاريخ  
الإنذار، ليعلن رغبته في الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه .

وإذا كان الشفيع غير ملزم لكي يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة، انتظار الإنذار الذي يوجهه له البائع أو  
المشتري، فله أن يعلن رغبته بمجرد علمه بوقوع البيع . بل له أن يرفع دعوى الشفعة مباشرة، فإن البائع والمشتري  
كذلك، ليسا ملزمين، بإنذار الشفيع بوقوع البيع، بل لهما أن يكفيا بتسجيل عقد البيع، وبعد مضي سنة من  
التسجيل فإن حقهما، يكون قد ثبت واستقر . فلا يستطيع بعد ذلك الشفيع أن يطالب بالشفعة كما هو صريح  
المادة 807 / 2 . بل لهما أن لا يندرا الشفيع بالبيع، وأن لا يسجلا عقد البيع، غير أن حقهما في هذه الحالة لا  
يستقر ويثبت إلا بعد مضي خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع .

وزيادة في توضيح هذه الحالات الثلاثة نقول .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 448 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 631 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص 632 .

أولاً : إذا أذّر الشفيع بوقوع البيع . فقد نصت المادة 799 على أن الشفيع إذا أذّره أي من البائع أو المشتري بوقوع البيع، وأراد الأخذ بالشفعة، فعليه أن يعلن رغبته، إلى كل من البائع والمشتري في خلال ثلاثين يوماً، من تاريخ وصول الإنذار الرسمي إليه بوقوع البيع، وإلا سقط حقه .

- وفي هذا الصدد يطرح السؤال الآتي نفسه، هل العبرة بعلم الشفيع بوقوع البيع؟ أم العبرة بالإنذار الرسمي الذي يجب أن يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع؟

لاشك أن المادة 799 صريحة في أن العبرة بالإنذار لا بعلم الشفيع . وعلى ذلك فإن ميعاد الثلاثين يوماً لا تسري في حق الشفيع، إلا من وقت وصول الإنذار الرسمي إليه . ومن ثم فإن الشفيع يستطيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى يصله الإنذار رغم علمه بوقوع البيع، ولا يستطيع أن يحتج أي من البائع أو المشتري على الشفيع بعلمه بوقوع البيع . لأنه لا يغني عن الإنذار الرسمي، ثبوت علم الشفيع بوقوع البيع، بأي طريق آخر<sup>(1)</sup> .

ويزاد على مدة الثلاثين يوماً التي أعطيت للشفيع ليعلم فيها رغبته، مدة المسافة، إذا اقتضى الأمر ذلك . كما لو كان بين موطن الشفيع، وموطن المشتري أو موطن البائع مسافة يحسب لها ميعاد . لأن المطلوب هو أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشتري في موطنه، وهو محل سكناه الرئيسي، أو محل الإقامة العادي، فإذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع، يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة الذي يقرره القانون<sup>(2)</sup> .

ثانياً : وإذا لم يندّر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، أو كان الإنذار باطلاً، غير أن المشتري سجل عقد البيع . ففي هذه الحالة، فإن الشفيع يجب عليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة خلال سنة، من وقت تسجيل عقد البيع، وإلا سقط حقه . كما نصت على ذلك صراحة المادة 2/807 .

ففي هذه الحالة فإن القانون افترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، وهو أن المشتري إذا سجل عقد البيع، فالعلم به حاصل لا محالة، وهذه هي مهمة شهر العقود . ولكن لما كان هذا العلم افتراضياً، فقد أطال القانون المدة التي يتعين خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة، وجعلها سنة كاملة من وقت تسجيل عقد البيع<sup>(3)</sup> .

- وقد يقول قائل إن عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع، والاقتصار على تسجيل عقد البيع فقط، قد يكون وسيلة في يد المشتري لإضاعة حق الشفيع . فيعمد المشتري إلى تسجيل عقد البيع، وما عليه إلا أن ينتظر مدة سنة، ويحتمل كثيراً أن لا يعلم الشفيع بوقوع البيع، وتنقضي المدة دون أن يطلب الشفعة ويسقط حقه بذلك .

غير أنه يمكن الرد على هذا الاعتراض، بأن المشتري قد لا يعلم وعلى وجه الدقة، من هم الشفعاء حتى يندرهم بوقوع البيع . وقد لا يدري هل حقهم ثابت فعلاً أم لا . فتوخياً لاستقرار التعامل، ولكي لا يبقى المشتري في حالة القلق والاضطراب وقتاً طويلاً، وليطمئن إلى أن الصفقة التي أبرمها، قد خلصت له على وجه تام، وأن لا

<sup>(1)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 105، 145 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 639 .

<sup>(3)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 114، 144 - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 642 .

أحد ينازعه فيها . جعل القانون تسجيل عقد البيع سبيلا مسيرا للمشتري، فما عليه إلا أن يسجل عقد بيعه، وينتظر مدة سنة كاملة . فإذا انقضت ولم يطالبه أحد، خلص له العقار الذي اشتراه، وأصبح بمنأى من أن يأخذه أي شفيع بالشفعة . هذا إلى أن الشفيع في العادة هو جار أو شريك، فإذا باع عقاره، فالغالب أن يشعر الشفيع بذلك . فإذا أراد أن يتثبت من وقوع البيع، فما عليه إلا أن يتجه إلى سجلات الشهر العقاري ليعرف الحقيقة<sup>(1)</sup>

وتحسب مدة السنة بالتقويم الميلادي، كما هو منصوص عليه في المادة الثالثة من القانون المدني الجزائري . فإذا لم يطالب الشفيع بالشفعة في مدة سنة كاملة، كان للمشتري أن يتمسك بسقوط الحق في الشفعة . وليس عليه أن يثبت أن البيع قد سجل، وأنه مضى على تسجيله سنة كاملة، من غير أن يستعمل الشفيع حقه . وعموما فإن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها، هو من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته<sup>(2)</sup> .

**ثالثا :** وإذا لم ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع، ولم يسجل في الوقت نفسه عقد البيع، فإن الشفعة لا تسقط بمضي ثلاثين يوما من يوم الإنذار، لأن هذا الإنذار لم يصدر أصلا . ولا باقضاء سنة كاملة من تاريخ عقد تسجيل البيع، لأن هذا العقد لم يسجل . وقد رأينا أن العبرة في سقوط الشفعة هو الإنذار الرسمي، لا علم الشفيع . ومن ثم فقد يعلم الشفيع بوقوع البيع بأي طريق من الطرق غير طريق الإنذار الرسمي أو التسجيل، غير أنه لا يصدر منه ما يدل على النزول عن حقه . فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمني، فله أن يعلن بعد ذلك رغبته إلى كل من البائع والمشتري، وأن يرفع دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق في أي وقت شاء . ويبقى هذا الوضع قائما إلى أن تنقضي مدة خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وعندئذ يسقط حق الشفيع، في رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط . وإن كانت هذه الحالة نادرة الوقوع ولكنها ليست مستحيلة<sup>(3)</sup> .

## المطلب الثاني: إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق

تبين لنا من خلال المطلب الأول، أن الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة، فعليه أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشتري، في خلال ثلاثين يوما من وصول الإنذار الرسمي، الذي وجهه له البائع أو المشتري . فإذا ما أنهى الخطوة الأولى، فعليه ثانيا أن يودع الثمن الذي وقع به البيع، والمصاريف بين يدي الموثق، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة، وقبل رفع دعوى الشفعة . وهذا الإيداع ضروري، حتى ولو كان الثمن مؤجلا، فإذا لم يتم به سقط حقه في الشفعة .

فهذه نقاط ثلاثة متعلقة بالخطوة الثانية، من إجراءات الشفعة، تولى توضيحها في الصفحات الآتية :

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص642، 643 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص644 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص646 .

## أولاً : وقت إيداع الثمن .

تنص المادة 2/801 على أنه " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق، خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة . . . " .  
تبين لنا من خلال هذا النص أن الشفيع يجوز له أن يودع الثمن والمصاريف، عند إعلان رغبته في أخذ الشفعة، فينص في الإعلان أنه أودع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق. كما يجوز له أن يودع الثمن والمصاريف، عقب إعلان رغبته في أخذ الشفعة، كما يجوز له أيضاً أن يتراخى الإيداع بعد ذلك، ولكن لا يجوز أن يتأخر أكثر من ثلاثين يوماً، من وقت وصول إعلان رغبته، إلى كل من البائع والمشتري<sup>(1)</sup>. لأن إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، خلال الموعد المحدد، هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة، وشرط أساسي لقبولها، يتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفته<sup>(2)</sup>.

وسواء وقع الإيداع عند إعلان الرغبة أو عقبها، أو تراخى عن ذلك، فإنه في جميع الأحوال يجب أن يكون قبل رفع دعوى الشفعة. والقبلية هنا ليست محددة بأيام لها بداية ونهاية، وإنما هو مجرد فاصل زمني غير محدد. فمجرد إيداع الثمن والمصاريف قبل رفع الدعوى كاف. لأن غرض المشرع فيما يبدو من حصول الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، هو ضمان جدية طلب الشفعة<sup>(3)</sup>. وعلى هذا فإن الشفيع، إذا تأخر في إيداع الثمن والمصاريف إلى اليوم الثلاثين، فإنه ليس متأخراً في الإيداع، ولم يسقط حقه من هذه الناحية. ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يتقدم لرفع دعوى الشفعة في نفس اليوم، وبذلك يضمن عدم سقوط حقه. لأنه يكون قد قطع مدة السقوط، وفي الوقت نفسه يعتبر قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة<sup>(4)</sup>.

## ثانياً : إيداع الثمن والمصاريف .

والذي يجب على الشفيع إيداعه شيئاً " ثمن البيع والمصاريف " كما نصت على ذلك المادة 2/801 فنوضح هذين النقطتين .

أ – إيداع الثمن : الأصل أن الثمن المذكور في عقد البيع هو الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع. ومن ثم فإن الشفيع يجب عليه أن يودع بين يدي الموثق الثمن المذكور في عقد البيع، فإذا ما أودع الثمن المذكور في عقد البيع والمصاريف كان إجراء الإيداع سليماً لامطعن عليه. غير أن الثمن المذكور في عقد البيع، قد لا يكون هو الثمن الحقيقي. فلا يخلو أن يكون واحداً من حالات ثلاثة: فقد يكون أقل، وقد يكون أكثر، وقد يكون مؤجلاً أو مقسماً، وإليك بين هذه الحالات الثلاثة .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص655 .

<sup>(2)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص125 .

<sup>(3)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص134، 135 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص656 .



الحالة الأولى : فإن كان الثمن المذكور في عقد البيع، هو أكبر من الثمن الحقيقي . وقد ذكر في العقد مبالغاً فيه، لتعجيز الشفيع عن أخذ الشفعة، أو لإلزامه بدفع مبلغاً يزيد عن الثمن الحقيقي، فيرجح المشتري من وراء ذلك . فإذا ما أثبت الشفيع أن الثمن المذكور في عقد البيع هو ثمن صوري، تواطأ عليه البائع والمشتري لتعجيزه عن أخذ الشفعة، فله أن يسترد من بين يدي الموثق الزيادة التي دفعها<sup>(1)</sup> .

الحالة الثانية : فإن كان الثمن المذكور في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي . وقد ذكر في العقد ناقصاً للتهرب مثلاً من رسوم التسجيل، فهل يسري في حق الشفيع الثمن الحقيقي، أم الثمن الصوري؟ وإذا سرى في حقه الثمن الصوري، فهل يلتزم بدفع الفرق بين الثمنين؟ رآيان في المسألة .

ف رأي يرى أن الذي يسري على الشفيع هو الثمن الحقيقي، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصوري المخفض . لأن الشفيع لا يعتبر من الغير، بالنسبة إلى هذا البيع . ولأن الشفيع كسب حقه بالشفعة . والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري . ولأن الشفيع قد حل محل المشتري في البيع، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشتري، إذ لم يتلق منه الملكية، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري، قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري، فلا يصح أن يكون خلفاً خاصاً<sup>(2)</sup> .

وعلى هذا الأساس فإذا ما أثبت أي من البائع أو المشتري، الثمن الحقيقي للبيع، وأن الثمن المذكور في العقد ما هو إلا ثمن صوري، ومن ثم فإن الثمن الذي أودعه الشفيع بين يدي الموثق هو أقل منه، فإن إجراء الإيداع يكون صحيحاً، لأن الشفيع يكون معذوراً، لأنه اعتمد على ما هو مذكور في العقد . غير أنه يكون ملزماً بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي، وما أودعه فعلاً بين يدي الموثق<sup>(3)</sup> .

وهناك رأي ثان، يرى أن الشفيع يعتبر من الغير في عقد البيع بسبب الشفعة . ومن ثم فإذا كان الشفيع حسن النية، فإنه يأخذ بالثمن المذكور في العقد الظاهر، ولا يلتزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقي، والثمن الصوري، الذي أودعه بين يدي الموثق<sup>(4)</sup> .

ولكن ماذا لو بدا للشفيع أن الثمن المذكور في عقد البيع مبالغ فيه، فهل يستطيع أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي؟

إذا ما تأكد الشفيع أن الثمن المذكور في عقد البيع هو أقل من الثمن الحقيقي، فلا يلتزم إلا بدفع الثمن الذي يعتقد صحته . وعلى الشفيع يقع عبء إثبات أن ما أودعه بين يدي الموثق هو الثمن الحقيقي، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . لأن المطلوب بنص المادة 2/801 هو "إيداع ثمن البيع" .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج658 . - معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص135 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص1090، 1091 .

<sup>(3)</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص134 . - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص660 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص660 .

غير أنه إذا فشل في إثبات ما يعتقد صحته، أو ثبت أن الثمن الحقيقي، هو أقل من الثمن المذكور في عقد البيع، ولكنه أكبر من الثمن الذي أودعه بين يدي الموثق، ومن ثم فإنه لا يكون قد أودع ثمن البيع الواجب إيداعه. وعليه فإن إجراء الإيداع يكون غير صحيح، ومن ثم تسقط شفيعته. لأن الإيداع الكامل وفي الميعاد المذكور، شرط أساسي لقبول طلب الشفيع، وإجراء جوهرى من إجراءاتها. ولا تعتبر الدعوى قائمة في نظر القانون إلا بحصوله<sup>(1)</sup>.

الحالة الثالثة: إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلاً أو مقسطاً في حق المشتري.

وإذا راعى البائع اعتبارات خاصة بالمشتري، فاتفق معه على أن يكون الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، فهل يستفيد الشفيع من هذا التأجيل أو التقسيط، عند إيداعه للثمن بين يدي الموثق؟

الواضح من المادة 2/801 وهي تتكلم عن إجراء الإيداع، أنها تلزم الشفيع بإيداع الثمن كله بين يدي الموثق، حتى ولو كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً بالنسبة إلى المشتري، بل حتى ولو حصل الشفيع مقدماً على رضا البائع بالتأجيل أو بالتقسيط، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فوراً للبائع. ولا يمكن الاحتجاج بالمادة 804 التي تقول: "... إلا أنه لا يمكن الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع...". لأن الشفيع ملزم من ناحية الإيداع، كإجراء ضروري من إجراءات الشفيع، أن يودع الثمن كله بين يدي الموثق، في الميعاد الذي حدده القانون، وهو ثلاثون يوماً. ولأنه من جهة أخرى فإن المادة 2/801 وهي تتكلم عن الإيداع فإن نطاق تطبيقها، يختلف عن نطاق تطبيق المادة 804، الخاصة بميعاد وفاء الشفيع بالثمن للبائع. فنص المادة 804 يتحدث عن العلاقة ما بين الشفيع والبائع، بعد أن يثبت حق الشفيع في الشفيع، فتجيز للبائع وهو يستوفي حقه من الشفيع، أن يؤجل له الثمن أو يقسطه له، كما أجله أو قسطه بالنسبة للمشتري. أما المادة 2/801 فتتحدث عن إجراء من الإجراءات التي لا بد للشفيع من أن يقوم بها، وإلا سقط حقه. ثم إن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون عليه، لأن الشرط المذكور - وهو إيداع الثمن - لم يقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع، عندما يثبت حق الشفيع، بحكم نهائي. سواء كان صاحب هذا الحق، هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو للبائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه<sup>(2)</sup>.

ب - المصاريف: ومما يجب إيداعه مع الثمن بين يدي الموثق، المصاريف كما نصت على ذلك المادة

2/801. والمراد بالمصاريف هنا هي المصاريف الرسمية، كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله. أما المصاريف الأخرى غير الرسمية، كأتعاب المحامين، والمحضرين، ومصاريف المهندس المعماري الذي عاين العقار... فلم يلزم المشرع الشفيع إيداعها. لأن الإنذار الرسمي الوارد في المادة 800 الواجب على المشتري أو البائع إبلاغه إلى الشفيع، لم ينص إلا على المصاريف الرسمية. مما يدل على أن المصاريف الواردة في

<sup>(1)</sup> معوض عبد التواب، الشفيع والصورية، المرجع السابق، ص 125. - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 661.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 663، 664.

المادة 2/801، والتي جاءت بصيغة مطلقة، والواجب على الشفيع إيداعها، هي المصاريف الرسمية فقط. وهذا لا يمنع أن المشتري إذا كان أفقر مصاريف أخرى غير رسمية، وأخذ منه العقار بالشفعة، ولم يستوف هذه المصاريف من الشفيع أن يطالب بها بعد ذلك .

### ثالثا : جزاء عدم إيداع الثمن والمصاريف في الميعاد القانوني

وإذا لم يودع الشفيع الثمن والمصاريف في الميعاد القانوني، وهو ثلاثون يوما على الأكثر، من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة. فإن الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام، هو سقوط حق الشفيع في الشفعة. كما هو واضح من المادة 2/801، والتي جاء فيها "... فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة "

فيستطيع إذن المشتري أو البائع، أن يدفع بسقوط حق الشفعة، لهذا السبب في أية مرحلة كانت فيها الدعوى، بل للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، لأن سقوط الشفعة بانقضاء مواعيدها هو من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته<sup>(1)</sup> .

### المطلب الثالث : رفع دعوى الشفعة .

تبين لنا من خلال المطلبين السابقين أنه إذا بيع عقار، ورجب الشفيع في أخذ هذا العقار بالشفعة، فإنه يلزمه أن يعلن عن رغبته هذه، إلى كل من البائع والمشتري، في ظرف ثلاثين يوما من وصول الإنذار الرسمي، الذي وجهه إليه البائع أو المشتري. ثم يقوم بعد ذلك في خلال ثلاثين يوما أخرى، بإيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق. ثم يلزمه أخيرا رفع دعوى الشفعة، ليثبت حقه بصورة نهائية. وهنا ترد الأسئلة الآتية، فمن هم يا ترى الخصوم الذين يخاصمهم الشفيع ؟ وما هي المحكمة التي يرفع أمامها دعواه ؟ وهل له ميعاد محدد ليرفع دعواه، أم أن الوقت غير محدد ؟ وهل يعتبر الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفعة، سنداً للملكية الشفيع ؟ نوضح هذه المسائل في الصفحات الآتية .

### أولا : الخصوم في دعوى الشفعة .

المدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع، والمدعى عليه هو كل من البائع والمشتري. ولا يكفي أن ترفع دعوى الشفعة على المشتري وحده، أو على البائع وحده، بل لابد أن ترفع عليهما معا . وهذا ما جاءت به المادة 802 من القانون المدني والتي تقول: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري "... "

فالخصوم إذن في دعوى الشفعة هم الشفيع أو ورثته من جانب، وكل من المشتري والبائع وورثة من توفي منهم من الجانب الآخر. فإذا لم يدخل الشفيع في الخصومة كلا من البائع والمشتري، وورثت من توفي منهم، كانت الدعوى غير مقبولة<sup>(1)</sup> .

معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص128. - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص668 .

وإذا كان هؤلاء هم الخصوم في المحكمة درجة أولى، فإنهم يتقون كذلك في المجلس القضائي، إذا استؤنف الحكم الصادر في دعوى الشفعة. لأن الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى. وحتى يكون الاستئناف مقبولاً شكلاً يجب أن يعلن إلى كل الخصوم، أي كان الخصم المستأنف. فإن كان الشفيع هو المستأنف، وجب عليه إدخال كل من البائع والمشتري، وإن كان المشتري أو البائع هو المستأنف، وجب عليه إدخال الشفيع والخصم الآخر، البائع أو المشتري، وإلا كان الاستئناف باطلاً<sup>(2)</sup>.

وفي المحكمة العليا إذا طعن في الحكم أمامها بالنقض، فلا بد من اختصاص الشفيع والمشتري والبائع. سواء كان الطاعن هو الشفيع أو المشتري أو البائع.

فلا بد إذن لقبول دعوى الشفعة من اختصاص الشفيع، والبائع والمشتري. سواء في أول درجة أو في الاستئناف أو في النقض. وسواء كان رافع الدعوى أو المستأنف أو الطاعن في الحكم، هو الشفيع أو المشتري أو البائع. فإن رفعها أيهم، في أي مرحلة من مراحلها تلك، ولم يخاصم أحد صاحبيه، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها. إذ لا حكم إلا في دعوى، ولا تقبل الدعوى إذا لم يعلن فيها جميع الخصوم الواجب اختصاصهم<sup>(3)</sup>.

والسبب في رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، هو أن الحق في الشفعة إذا ثبت، فإن الشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. فتزول بذلك صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر، بموجب عقد البيع لتكون الصلة في تلك الحقوق بالشفيع. ويصبح الشفيع هو الدائن بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، فيخلص لنا إذا أن الحكم بثبوت الشفعة يمس البائع بقدر ما يمس المشتري. وعلى ذلك فلا بد من رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري، وإلا سقط حق الشفيع في الشفعة. وعلى هذا الأساس لو رفع دعوى الشفعة على المشتري في الميعاد القانوني، وعلى البائع بعد انتهاء الميعاد القانوني، لم تصح الدعوى. غير أنه إذا رفع الدعوى على بعض بائعي العقار في الميعاد القانوني، وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين، بمجرد علمه بهم، ولو كان ذلك بعد انتهاء الميعاد القانوني<sup>(4)</sup>.

## ثانياً : المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة .

دعوى الشفعة هي دعوى عينية، وليست دعوى شخصية. لأن الشفيع يطالب فيها بملكية العقار المشفوع فيه، بسبب من أسباب كسب الملكية، وهو الشفعة<sup>(5)</sup>. ولذا فقد نصت المادة 802 صراحة على أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة، هي المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه. فجاء فيها : "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار . . . " .

(1) معروض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 137، 142 .

(2) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 688 .

(3) معروض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 138، 150 . - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 672 .

(4) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 672 .

(5) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 673 .

## ثالثا : ميعاد رفع دعوى الشفعة .

يرفع الشفيع دعوى الشفعة في خلال ثلاثين يوما، من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، لكل من البائع والمشتري. فإن أعلن أحدهما قبل الآخر، فالعبرة بإعلان الأخير<sup>(1)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 802 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 والإسقاط الحق".

والإعلان المنصوص عليه في المادة 801، هو الإعلان الذي يعرب فيه الشفيع عن رغبته في الشفعة، جوابا على الإنذار الرسمي الذي وجهه له البائع أو المشتري، لإعلامه بوقوع البيع. غير أنه إذا لم ينذر المشتري الشفيع بوقوع البيع، واكتفى بتسجيل عقد بيعه، فالشفيع يلزمه في هذه الحالة، أن يعلن عن رغبته إلى البائع والمشتري، في خلال سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع. وقد يستغني عن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ويرفع دعوى الشفعة مباشرة، بعد أن يكون قد أودع الثمن بين يدي الموثق. على أن يتم كل ذلك في خلال سنة من تاريخ التسجيل<sup>(2)</sup>.

فلكي لا تبقى صفقات الناس معلقة وضمانا لاستقرار تعاملهم، أوجب القانون على الشفيع القيام بإجراءات اثنتين. أولهما: إيداع الثمن بين يدي الموثق، دليلا على جدية الدعوى التي يرغب في رفعها. وثانيهما: رفع دعوى الشفعة. وعلى أن يقوم بهذين الاجرائين في خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وإلا سقط حقه فيها<sup>(3)</sup>. وعليه فإن البائع أو المشتري يستطيع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. بل إن المحكمة لها أن تقضي بسقوط الدعوى، من تلقاء نفسها، حتى ولو نزل صاحب الحق عن التمسك به. لأن هذه المدة والمواعيد متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز مخالفتها<sup>(4)</sup>.

## رابعا : هل الحكم النهائي الصادر بثبوت حق الشفعة يعتبر سند ملكية ؟

إذا صدر الحكم النهائي بثبوت حق الشفعة، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً للملكية الشفيع، كما نصت على ذلك صراحة المادة 803 من القانون المدني الجزائري .

وقد اختلفت الآراء في تفسير عبارة "سند الملكية" الواردة في المادة السالفة الذكر على رأيين. فرأي يرى أن المراد بسند الملكية هو السبب القانوني، المنشئ لحق الشفيع في ملكية العقار المشفوع فيه. ورأي يرى أن سند الملكية هو دليل الملكية وحجيتها، أي أنه كاشف عن حق الشفيع<sup>(5)</sup>.

وسواء قلنا بالرأي المنشئ، أو الرأي الكاشف، فإن الذي يلزم الشفيع هو التقدم إلى المحافظة العقارية لشهر الحكم القضائي، الذي هو سند ملكيته. لأن المادة 803 من القانون المدني، تنص على أن الحكم يعتبر سنداً

(1) معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 140، 147 .

(2) معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 142 .

(3) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 677، 678 .

(4) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 685 .

(5) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 696. - معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص 152 .

للملكية دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري. فالمشرع الجزائري قد أضاف إلى مهمة شهر التصرفات، وظيفة أخرى بالنسبة للعقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري، بأن جعلها لا تنتج آثارها حتى فيما بين العاقدين، إلا من تاريخ الشهر. وهذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري .

فالتسجيل هو الإجراء الذي ينقل الملكية العقارية حتى فيما بين العاقدين. وقد جاء هذا الحكم أيضا في المادة 15 - 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. الصادر بالأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975. وتعتبر القرارات والأحكام القضائية المتضمنة حقوقا عقارية في حكم العقود فيما يتعلق بإجراءات الشهر، حسب المادة 13 - 14 من الأمر 75 - 74 .

وبناء على هذا فإنه قبل تسجيل حكم الشفعة، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوي الشأن، ولا بالنسبة للغير، أما إذا سجل الحكم فإن الملكية تنتقل إلى الشفيع. ويكون انتقالها من وقت التسجيل، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوي الشأن .

- وخلاصة القول في إجراءات الشفعة في القانون المدني الجزائري أنها تجري في الغالب على الوجه الآتي: يبدأ المشتري عقب شرائه العقار المشفوع فيه، بإنذار الشفيع إنذارا رسميا بوقوع البيع. وفي خلال ثلاثين يوما من هذا الإنذار، يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، إلى كل من البائع والمشتري. وفي خلال ثلاثين يوما أخرى من إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، يودع الشفيع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري. ومجاوزه أي مدة من المواعيد المحددة، دون اتخاذ الإجراء المطلوب يؤدي إلى سقوط الحق .

# المبحث الثاني

## إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الشفيع إذا طلب العقار المبيع بالشفعة، وسلم له المشتري بحقه في ذلك، ثبت ملك الشفيع بالتراضي، من غير حاجة إلى اتخاذ أي إجراء قضائي .

غير أنه إذا نازع المشتري في أحقية الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وأراد الشفيع أخذ حقه قضاء، فإنه يلزمه اتخاذ إجراءات معينة. وتمثل هذه الإجراءات في تقديم ثلاث طلبات: وهي طلب المواثبة، وطلب التقرير والإشهاد، وطلب الخصومة والتملك. ولكن هل إذا قدم الشفيع هذه الطلبات الثلاثة ثبت حقه، أم أن القضاء بالشفعة يتوقف أيضا على دفع الشفيع الثمن .

نوضح هذه النقاط الأربع في أربعة مطالب .

المطلب الأول : طلب المواثبة .

المطلب الثاني : طلب التقرير والإشهاد .

المطلب الثالث : طلب الخصومة والتملك .

المطلب الرابع : القضاء بالشفعة لا يتوقف على دفع الثمن .

## المطلب الأول : طلب المواثبة.

إذا علم الشفيع بوقوع البيع، فيجب عليه أن يبادر بطلب الشفعة، على وجه السرعة دون تأخر. لأن حق الشفيع ثبت على خلاف القياس، فيبطل بالإعراض. وتكون المبادرة بلفظ يفهم منه طلب الشفعة، مثل أنا طالب الشفعة، أو أنا أطلبها، أو أنا شفيع المبيع وغيره .

ولا يلزم الإشهاد من الشفيع إذا طلب. لأن الغرض من هذا الطلب، هو ليعلم المشتري، أن الشفيع غير معرض عن الشفعة. وإنما الأفضل الإشهاد، مخافة جحود أو إنكار المشتري الطلب في ساحة القضاء. فالمعتبر هو الطلب، والإشهاد للإثبات عند الإنكار<sup>(1)</sup>.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، كيف يحصل علم الشفيع بوقوع البيع ؟ وإذا ما علم الشفيع بوقوع البيع فما هي المدة التي يعرب فيها عن رغبته في الأخذ بالشفعة، هل هي على الفور ساعة علمه ؟ أم هي على التراخي ؟

وزيادة في البيان نعقد فرعين اثنين لتوضيح هذين النقطتين. الفرع الأول : ما يحصل به علم الشفيع. الفرع الثاني : هل الشفعة على الفور أم على التراخي ؟

### الفرع الأول : ما يحصل به علم الشفيع .

قد يحصل علم الشفيع بالبيع بسماعه بنفسه، أو بإخبار المشتري له، أو بإخبار غيره له. فإذا سمع الشفيع بالبيع بنفسه، أو أخبره المشتري، فيجب عليه أن يبادر لطلب الشفعة. وتسقط شفيعته إن تأخر في الطلب. لأن المشتري خصم، وعدالته ليست شرطاً في الخصومات. وإذا ادعى المشتري أنه أخبر الشفيع بوقوع البيع، وأنكر الشفيع علمه بوقوع البيع، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم العلم .

أما إذا أخبر الشفيع غير المشتري بوقوع البيع، فقد اختلفت أقوال الفقهاء فيما إذا كان يشترط في المخبر العدد والعدالة أم لا ؟ وإليك بيان أقوال الفقهاء .

- مذهب الحنفية<sup>(2)</sup>: ذهب أبو حنيفة إلى أنه يشترط في المخبر، إما العدد رجلان أو رجل وامرأتان، أو العدالة. لأن هذا إخبار فيه معنى الإلزام. ولأن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر، فأشبهه الشهادة، فيعتبر فيه أحد شرطي الشهادة، وهو العدالة أو العدد. وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنه لا يشترط في المخبر لا العدد ولا العدالة. فإذا ما أخبر الشفيع بالبيع واحد عدلاً كان هذا المخبر أو فاسقاً بالغاً أو صبيماً، ذكراً كان

<sup>(1)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص383. - عبد الغني الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص107. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص17.

<sup>(2)</sup> المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص26، 27. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص172. الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص17.



أو أتى، فسكت الشفيح ولم يطلب، بطلت شفيعته، إذا ظهر صدق الخبر. لأن طلب الشفيع من باب المعاملة، والمعاملة لا يشترط فيها شرعا لا العدد ولا العدالة. وقد ذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين .

- مذهب الشافعية والحنابلة : وقد ذهب الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> إلى أنه إذا أخبر رجلان أو رجل وامرأتان، الشفيح بوقوع البيع، فأخر الشفيح الطلب، لأنه لم يصدق المخبر بوقوع البيع سقطت شفيعته. لأن هذه شهادة تامة مقبولة تثبت بها جميع الحقوق .

وكذلك تسقط شفيع الشفيح إذا أخبره ثقة واحد، أو امرأة ثقة واحدة، أو مستور الحال، أو رجل عدل، ولم يطلب بالشفيع. لأن إخبار الثقة مقبول. وهذا على الأصح في مذهب الشافعية، والراجح عند الحنابلة. لأن هذا خبر لا تعتبر فيه الشهادة، فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية. وفارق الشهادة فإنه يحاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره. ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق، بخلاف هذا الخبر. ويرى بعض الحنابلة وبعض الشافعية أن الشفيح يعذر في هذه الحالة ولا تسقط شفيعته. لأن المخبر له بالبيع واحد أو مستور الحال، ولأن الواحد لا تقوم به البينة .

أما إذا أخبره من لا يقبل خبره كالفاسق والصبي، أو ممن يقبل خبره، فصدقه ولم يطلب بالشفيع سقطت شفيعته. لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره بقرائن دالة على صدقه. ولأن ما تعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر العدل وغير العدل، إذا وقع في النفس أن المخبر صادق .

أما إذا لم يصدق الشفيح المخبر، وكان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي والكافر، لم تبطل شفيعته. لأنه خبر من لا يقبل في الشرع فأشبهه قول الطفل والمجنون. ويرى الشافعية أن شفيع الشفيح تسقط إذا بلغ المخبرون حد التواتر، وتأخر الشفيح عن طلب الشفيع في وقتها، حتى ولو كان المخبرون ممن لا يقبل خبرهم كالفاسق والصبي والكافر، سواء صدقهم الشفيح أو لم يصدقهم .

- مذهب المالكية : ويرى المالكية<sup>(3)</sup> أن الشفيح الحاضر إذا أنكر علمه، فإنه يصدق، ولا تسقط شفيعته. لأن الأصل عدم العلم، ولكن هل تلزمه اليمين ؟ قال في الواضحة : لو أنكر الشفيح العلم وهو حاضر، فنقل أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب أنه يصدق وإن طال الزمن. لأن الأصل عدم العلم وهو ظاهر المذهب، ويحلف على ذلك. وقال محمد بن الحكم وابن المواز يصدق ولو بعد أربعة أعوام، ولا يصدق في أكثر من أربعة أعوام. والراجح في المذهب أن الشفيح إذا أنكر البيع يصدق بيمينه، إن لم تكن هناك بينة للمشتري بأن الشفيح قد علم بالبيع. أما إن كانت له بينة سقطت الشفيع اتفاقا .

<sup>(1)</sup> النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص329. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص24، 25. - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص308. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص217. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص380 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص479، 480 .

<sup>(3)</sup> الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص322. - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص216. - الحرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص172 .

- مذهب الإباضية : يرى الإباضية<sup>(1)</sup> أن الشفيع إذا أخبره أمينان فكلامهما حجة عليه، فإن تأخر في طلب الشفعة سقط حقه. وقيل لو أخبره البائع أو المشتري أو شاهد واحد من شهود الشراء ولو غير عدول، فكلامهم حجة عليه، وتسقط شفעתه إذا لم يطالب بها. ولو أرسل إليه المشتري رسولا، فأعلمه بالبيع ولم يطالب بالشفعة سقطت شفעתه.

- وخلاصة القول : فإن الفقهاء متفقون على أن علم الشفيع بالبيع قد يحصل إذا أخبره رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، سواء وقع في نفس الشفيع صدقهما أم لا. لأن هذه شهادة تامة تثبت بها جميع الحقوق.

وكذلك يحصل علم الشفيع بالبيع بالخبر الذي يصدقه، سواء كان عدلا أم غير عدل.

أما إذا أخبره عدل واحد، ولم يصدقه الشفيع، فلا اعتبار لعدم تصديقه، ويعتبر قد علم بوقوع البيع، وتسقط شفעתه إذا لم يطالب بها في وقتها. وهذا رأي جمهور الفقهاء، وخالف بعض الشافعية وبعض الحنابلة ولم يعتدوا بإخبار الواحد. والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن إخبار الشفيع بوقوع البيع هو من باب الرواية التي لا يشترط فيها العدد، وليس من باب الشهادة التي يشترط فيها العدد. كما حقق ذلك القراني في الفروق<sup>(2)</sup>.

أما إن أخبره واحد غير عدل، فالجمهور على عدم اعتبار حصول العلم بذلك. ويرى أبو يوسف ومحمد اعتبار حصول العلم إن ظهر صدق الخبر. وإذا أخبر المشتري الشفيع بنفسه فيعتبر قد علم بالبيع، وإن لم يكن المشتري عدلا، لأن المشتري خصم، وعدالة الخصم ليست شرطا في الخصومات.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا ادعى المشتري أنه أعلم الشفيع بنفسه بالشراء، وأنكر الشفيع ذلك، ولم تكن هناك بينة، فالقول قول الشفيع مع يمينه، لأن الأصل عدم العلم.

## تعقيب وترجيح :

يتضح لنا من خلال أقوال الفقهاء المتعددة السالفة الذكر، أن علم الشفيع بوقوع البيع، وهي الخطوة الأولى لمتابعة بقية إجراءات طلب الشفعة، غير منضبطة، مما يؤدي إلى صعوبة إثبات علمه إذا أنكر. فترك إعلام الشفيع لمحض الصدفة إلى أن يعلم بنفسه أو يخبره شخصان آخران، أو يخبره شخص واحد قد يكون عدلا، وقد لا يكون عدلا، قد يصدقه وقد لا يصدقه، فيه إخلال واضح بمبدأ استقرار التعامل بين الناس. لأن المدة قد تطول حتى يعلم الشفيع بوقوع البيع، وقد يؤدي هذا إلى ضرر يقع على المشتري، وتقويما لمنافع العقار المالية والاقتصادية، لأنه لا يستعمل العقار أو يستغله خوفا من أخذه منه بالشفعة.

وعليه فكان الأولى أن يتجه الاجتهاد إلى تحميل المشتري أو البائع، وكلاهما خصم في دعوى الشفعة - كما سيوضح ذلك في طلب الخصومة والتملك - مسؤولية إعلام الشفيع بوقوع البيع، حتى يكون الشفيع على بينة من

<sup>(1)</sup> أظفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص389.

<sup>(2)</sup> القراني، الفروق، المرجع السابق، ج1، ص4 وما بعدها.

أمره، فيقرر أخذ الشفعة أو تركها . ولعل ما ذهب إليه المالكية<sup>(1)</sup> في هذا الصدد هو اجتهاد شديد . حيث يرون أن المشتري أو وكيله إذا أراد أن يطمئن على صفقته، فله أن يطلب الشفيع أمام القضاء، لكي يأخذ بالشفعة أو يتركها . ويستعجله المشتري بالأخذ أو الترك، لا بطلب الثمن . فإن لم يأخذ حالاً أو يترك حالاً، حكم الحاكم بإسقاط شفيعته . وقال الإمام مالك في رواية ابن عبد الحكم : لا يستعجله الحاكم، ولكن يؤخره اليومين والثلاثة، ليستشير وينظر، وهذا أفضل .

وما ذهب إليه الإباضية<sup>(2)</sup> أيضاً من أن المشتري لو أرسل إلى الشفيع رسولا فأعلمه بالبيع، ولم يطلب بالشفعة سقطت شفيعته .

إن ما ذهب إليه المالكية والإباضية اجتهاد شديد، لأن المشتري وهو الطرف الذي يقع عليه الضرر إذا تأخر الشفيع في أخذ الشفعة، قد انفتح أمامه الطريق بهذا الرأي، فما عليه إذا أراد أن يطمئن على صفقته ويستقر ملكه ولا ينازعه فيه أحد، إلا أن يرسل إلى الشفيع رسولا يعلمه بوقوع البيع، ليكون حينئذ على بينة من أمره، فلا يعتذر بعدم العلم، ويتأخر في طلب الشفعة، أو يطلب أمام القضاء ليقرر بوضوح أخذ الشفعة أو تركها . ومن ثم تستين أمامه سبل استعمال العقار واستغلاله، ولا يبقى عقاره معلقاً، مدة من الزمن . قد تطول، وقد تقصر، وهو ينتظر متى يعلم الشفيع بوقوع البيع، ومتى يقرر الأخذ أو الترك .

## الفرع الثاني : هل الشفعة على الفور أم على التراخي ؟

وإذا علم الشفيع بوقوع البيع فما هي المدة التي يعرب فيها عن رغبته في الأخذ بالشفعة، هل هي على الفور ساعة علمه بالبيع ؟ أم أن الوقت متسع أمامه يعرب عن رغبته في أي وقت شاء ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على خمسة أقوال .

**القول الأول :** قال الشافعية<sup>(3)</sup> في أظهر أقوالهم، والحنابلة<sup>(4)</sup> في الصحيح عندهم وأبو حنيفة<sup>(5)</sup> وابن شبرمة والأوزاعي: إن الشفعة على الفور ساعة علم الشفيع بالبيع، فإن طالب بها ثبتت وإلا بطلت شفيعته وقد صور الحنفية هذا الفور فقالوا : " لو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته " .<sup>(6)</sup>

وقد استدل أصحاب هذا القول على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي :

<sup>(1)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص221. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص488. - الخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص174. وحاشية العدوي على الخرشي، ج6، ص175 .  
<sup>(2)</sup> أطفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص389 .  
<sup>(3)</sup> الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص379، 380. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص312 .  
<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص477 .  
<sup>(5)</sup> الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص172 .  
<sup>(6)</sup> عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المرجع السابق، ج2، ص108 .

- 1 - قوله - صلى الله عليه وسلم - : " الشفعة كحل عقال " . وفي لفظ آخر : " الشفعة كحل العقال ، فإن قيدها مكانه ثبت حقه ، وإلا فاللوم عليه " . ومعنى قوله - صلى الله عليه وسلم - الشفعة كحل عقال : أي أنها تقوت إذا لم يبادر بالمطالبة بها ، كالبعير الشرود يحل عنه العقال ، أي القيد .
- 2 - قوله - صلى الله عليه وسلم - : " الشفعة لمن واثبها " . أي بادر وسارع إلى المطالبة بها<sup>(1)</sup> .
- 3 - الشفعة حق ضعيف ثبت على خلاف القواعد الفقهية . إذ الأخذ بها تملك مال معصوم ، بغير إذن صاحبه لحوف ضرر يحتمل الوجود والعدم ، فلا تستقر إلا بالطلب على وجه السرعة<sup>(2)</sup> .
- 4 - إذا سكت الشفيع بعد علمه بالبيع ، ولم يبادر بالطلب ، اعتبر ذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث . ودليل الرضا كصريح الرضا . ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشتري ، فإنه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ، ثم يبطل تصرفه عليه ، وفيه من الضرر ما لا يخفى<sup>(3)</sup> .
- 5 - حق الشفعة موضوع لإزالة الضرر عن المال ، فكان على الفور ، كخيار الرد بالعيب<sup>(4)</sup> .
- 6 - القول بالفورية يناسب وجه شرعية الشفعة ، وهو دفع الضرر . إذ يندفع الضرر عن الشفيع فلا يدخل عليه شريك جديد ، ويندفع الضرر عن المشتري فلا يبقى ملكه معلقا . بل يستقر ويثبت ويعمره بالبناء والغراس وغيره . ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمة ما بنى أو غرس . لأن خسارته في الغالب أكثر من قيمة ما بنى وعمر ، مع تعب قلبه وبدنه فيه<sup>(5)</sup> .

## القول الثاني :

وذهب المالكية<sup>(6)</sup> والظاهرية<sup>(7)</sup> والإباضية<sup>(8)</sup> والشافعية<sup>(9)</sup> في مذهبه القديم وأحمد<sup>(10)</sup> في الرواية الثانية . إلى أن الشفعة على التراخي ووقتها متسع ما لم يصدر من الشفيع ما يدل على التنازل عن حقه صراحة أو دلالة .

وقد استدلوا على صحة ما قالوا به بما يأتي :

<sup>(1)</sup> الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص87 .  
<sup>(2)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص17 .  
<sup>(3)</sup> السرخسي، المسبوط، المرجع السابق، ج14، ص117 .  
<sup>(4)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص20 .  
<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص478 . الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص21 .  
<sup>(6)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص209، 210 . ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص263 .  
<sup>(7)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص89 .  
<sup>(8)</sup> أظفيش، شرح كتاب النيل، المرجع السابق، ج11، ص433 .  
<sup>(9)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص307 . الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص20 .  
<sup>(10)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص477 .

1 - قوله - صلى الله عليه وسلم - " إنما الشفعة فيما لم يقسم . . . " وهذا على عمومه في الأوقات والأحوال . وقوله أيضا - صلى الله عليه وسلم - : " فإن باعه فشريكه أحق به حتى يؤذنه " (1) .

2 - حق الشفعة حق متعلق بالمال، وكان المشتري عالما به وقادرا على إزالته عن نفسه بمطالبة الشفيع إما بالأخذ أو الترك، فإذا لم يفعل فلا ينقطع حق الشفيع .

3 - قالوا: لا ضرر على المشتري في التأخير، لأن الشقص ملكه ينتفع بغلته وثمرته وإن بنى فيه أو غرس، فله قيمة ما بنى أو غرس إذا أخذ منه بالشفعة . وما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون والقصاص

4 - قالوا: الحديثان اللذان استدل بهما أصحاب القول الأول ضعيفان من حيث السند والمتن .

فحديث "الشفعة كحل العقال" رواه ابن ماجه والبخاري، وقال فيه البوصيري في مصباح الزجاجة " في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيهقي، قال فيه ابن عدي: كل ما يرويه البيهقي، فالبراء فيه منه . وإذا روى عنه محمد بن الحارث فهما ضعيفان . وقال: حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة، لا يجوز الاحتجاج به، ولا ذكره إلا على وجه التعجب" (2) . وقال فيه ابن حزم: هو ضعيف مطرح متفق على تركه (3) . أما ضعف المتن فقد قال فيه ابن حبان هذا حديث لأصل له . وقال أبو زرعة: منكر . وقال البيهقي: ليس بثابت . وفي معناه أحاديث كلها لا أصل لها (4) .

أما حديث "الشفعة لمن واثبها" . قال ابن حزم: " هو لفظ فاسد، لا يحل أن يضاف مثله إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأن قول القائل: الشفعة لمن واثبها موجب أن يلزمه الطلب مع البيع لابعده . لأن المواثبة فعل من فاعلين فوجب أن يكون طلبه مع البيع لابعده، لأن التائي في الوثب لا يسمى مواثبة "

- والفقهاء الذين قالوا بأن الشفعة على التراخي، اختلفت كلمتهم في هذا التراخي . هل هو دائم، أم أن هذا التراخي له وقت محدد، إذا لم يأخذ فيه الشفيع سقطت شفيعته . كما اختلف أيضا الذين قالوا بالتحديد، في حد المدة التي تقطع فيها الشفعة .

فذهب الظاهرية إلى أن الشفعة على التراخي، لا تسقط ما لم يصدر من الشفيع اللفظ الدال على إسقاطها .

يقول ابن حزم في معرض حديثه عما إذا باع أحد الشريكين نصيبه، وقد وجبت الشفعة بذلك للشريك الآخر فهذا " الشريك على شفيعته علم بالبيع أو لم يعلم، حضره أو لم يحضره، أشهد عليه أو لم يشهد، حتى يأخذ متى شاء، ولو بعد ثمانين سنة أو أكثر، أو يلفظ بالترك فيسقط حينئذ " (5) .

(1) الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص22 - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص209 .

(2) الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص87 - الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج3، ص158 .

(3) ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص91 .

(4) الصنعاني، سبل السلام، المرجع السابق، ج3، ص159 .

(5) ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص89 .

أما المالكية<sup>(1)</sup> فقد تعددت الأقوال عندهم في تحديد المدة التي تقطع فيها الشفعة، فروى ابن القاسم عن مالك السنة والسنان قريب. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك لا تقطع الشفعة بمضي سنة إلا أن يوقف. وقال لا أرى الخمس سنين طولاً. وقال أكثر مالكية العراق بالسنة، لأن السنة جعلت قدراً لقطع الأعدار في الغيبة وغيرها، فكذلك في المتمكن من القيام بالشفعة.

وفرق آخرون بين حضور الشفيع عقد الشراء وعدم حضوره. فقالوا: تسقط الشفعة إذا حضر الشفيع عقد الشراء وكتب خطه في الوثيقة، ومضى بعد ذلك شهران وهو ساكت بلا مانع، له القيام بحقه في الشفعة. فإن لم يحضر عقد الشراء أو حضر ولم يكتب شهادته، فإن شفيعه لا تسقط، إلا بعد مضي سنة، بعد العقد<sup>(2)</sup>. والمعمول به عند الإباضية ثلاث سنين<sup>(3)</sup>.

**القول الثالث:** وقال ابن أبي ليلى والثوري<sup>(4)</sup> وهو قول للشافعي<sup>(5)</sup> وقول للإباضية<sup>(6)</sup> إن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد علمه بالبيع، فإن طلبها كان على حقه، فإن مضت الثلاثة أيام ولم يطلب بطلت شفيعته. وقد علل أصحاب هذا القول رأيهم، بأن القول بالفور يضر بالشفيع، لأنه يحتاج إلى مدة ليقرر أخذ الشفعة أو تركها، والحكم بالتراخي يضر بالمشتري. لأنه بعد أن يبني ويغرس ويعمر، يؤخذ منه الشقص بالشفعة. فكان أولى الأمور في تقديرها ثلاثة أيام، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط، فصلحت حدا لهذا الخيار.

**القول الرابع:** وقال بعض الشافعية<sup>(7)</sup> إن حق الشفعة يمتد بعد العلم بالبيع مدة تسع التأمّل في ذلك الشقص. وقالوا إن حق الشفعة ثبت نظراً للشفيع، ودفعاً للضرر عنه، فيحتاج إلى التأمّل مدة تسع إلى ذلك.

**القول الخامس:** وقال محمد بن الحسن واختاره الكرخي<sup>(8)</sup> وأعتبره أصحاب الروايتين، وبه قال بعض الحنابلة<sup>(9)</sup>: إن للشفيع أن يطالب بالشفعة في مجلس علمه بالبيع، وإن امتد المجلس ما لم يشتغل بما يدل على الإعراض. لأن المجلس كله في حكم حالة العقد. كخيار المخيرة وهي التي قال لها زوجها أمرك بيدك، وخيار القبول. ولأن حق الشفعة ثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه لاحتمال أذى المشتري الجديد، وذلك ضرر

<sup>(1)</sup> سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 404. - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج 6، ص 209، 210.

<sup>(2)</sup> الخرشبي، على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 172.

<sup>(3)</sup> أطفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج 11، ص 435.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 478. - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 9، ص 90. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 14، ص 117.

<sup>(5)</sup> الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج 5، ص 216. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 20، 21. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 307.

<sup>(6)</sup> أطفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج 11، ص 433.

<sup>(7)</sup> الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج 5، ص 215. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 307.

<sup>(8)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 14، ص 116. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 17. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 5، ص 172.

<sup>(9)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 478.

خفي يحتاج إلى النظر والتأمل، ليوازن بين عدم الشراء وضرر الدخيل. ويعرف من جهة أخرى صلاحية الثمن وخلوه من الغبن، وذلك التأمل اللازم يحتاج إلى وقت كاف، فكان المعقول أن يمتد إلى آخر المجلس.

### مناقشة وترجيح :

بعد النظر في الأقوال السالفة الذكر وأدلتها، يبدو لي أن ترك المدة من غير تحديد فيه إضرار بالمشتري، لأن ملكه لا يستقر، وهذا يمنع من عمارة العقار بالبناء أو الغراس، خشية أخذه منه بالشفعة، ولا يندفع عنه الضرر بدفع التعويض لتعب فكره وبدنه في ذلك. وكذلك فيمن قيدا بسنة أو سنتين أو ثلاث أو أكثر، فهي مدة طويلة يبقى فيها ملك المشتري معلق غير ثابت ولا مستقر .

أما من قال إن حق الشفعة يمتد بعد العلم مدة تسع التأمل، فإن هذه المدة تحتاج إلى تحديد، سدا للاختلاف. لأن ما يعتبر في نظر البعض مدة كافية للتأمل، قد لا يعتبر مدة كافية للتأمل في نظر البعض الآخر .

أما من قال إنها على الفور ساعة علم الشفيع بالبيع، أو قيدها بمجلس العلم أو بثلاثة أيام، فهذا فيه تضيق شديد على الشفيع، لا يسمح له بالتأمل الكافي، ليقرر أخذ الشفعة أو تركها .

وعليه فإنني أرى أن تمنح للشفيع مدة كافية، حتى يدرس الصفقة جيدا ويقدر إمكاناته المادية، ويجمع ما يحتاج إليه من المال. كما يدرس أيضا سلوك المشتري وأخلاقه، وما إذا كان يلحقه من ورائه أذى جراء مجاورته أو شركته. ومن ثم فإنني أرى مدة شهر هي المدة الكافية لهذا الغرض، وخاصة وأن الشفيع ليس غريبا عن العقار المبيع، فهو إما جار أو شريك، ويعرف أهميته وفائدته من عدمها. فإذا لم يعلن عن رغبته في الشفعة بعد مضي شهر من علمه بالبيع سقط حقه .

غير أنني أود أن أقيد أن مدة الشهر التي إذا لم يعلن فيها الشفيع عن رغبته في الشفعة بعد علمه بالبيع فيسقط حقه، متوقفة على ما إذا أخبره المشتري بوقوع البيع، أو أوقفه أمام القضاء وطلب منه تحديد موقفه من الصفقة، ليأخذ أو يترك كما أشار إلى ذلك المالكية. أما إذا لم يخبره بالبيع، أو لم يوقفه أمام القضاء، فإن الشفيع يبقى على حقه أبدا ما لم يسقطه صراحة. وسكوته عن الطلب بعد علمه بنفسه بالبيع، فليس قطعا لحقه ولو سكت عمره كله. ولا يختلف اثنان أن من غضب مالا، أو كان له دين أو ميراث، أو حق ما، فإن سكوته عن طلبه لا يبطله، وأنه على حقه أبدا. والشفعة حق كسائر الحقوق .

وخلاصة القول الذي أرجحه: إن المشتري إذا أراد أن يطمئن على ماله وأن يستقر ملكه ولا يضيع، فما عليه إلا أن يبادر بإخبار الشفيع بالبيع ويطلب منه تحديد موقفه. فإن مضي شهر من إعلامه بالبيع، فإن الشفيع يلزمه أن يتخذ أحد الموقفين، إما أخذ الشفعة أو تركها. فإن لم يفعل فقد ضاع حقه وثبت ملك المشتري واستقر. أما إذا لم يخبر المشتري الشفيع بالبيع، ولم يطلب منه تحديد موقفه، فإن الشفيع يبقى على شفيعته أبدا الدهر يطلب بها في أي وقت شاء .

هذا القول يمليه مبدأ استقرار التعامل، ومنع المال من الضياع، وأن الحق لا يسقط بالتقادم مادام لصاحب الحق بيئة قائمة .

## المطلب الثاني : طلب التقرير والإشهاد .

إذا انتهى الشفيع من طلب المواثبة، لزمه عند الحنفية<sup>(1)</sup> للمحافظة على حقه أن يعود إلى طلب الشفعة مرة أخرى، ليؤكد به طلبه الأول. إذ قد يكون الطلب الأول عن رغبة عارضة من الشفيع. ثم يتبين أمره وظروفه وإمكاناته المادية، فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب الأول. وبهذا الطلب يتقرر حق الشفيع في الشفعة ويقوى، ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو طلب الإشهاد. لأن بعض الفقهاء يشترطوا الإشهاد عليه عند حصوله. فنوضح كيفية هذا الطلب أولاً، وهل يشترط له الإشهاد أم لا ثانياً ؟

### أولاً : كيفية الطلب .

وصورة هذا الطلب أن يقول الشفيع: إن فلانا اشترى هذه الدار، وأنا شفيعها بالجوار أو بالاشتراك بدار حدودها كذا، أو بسهم قدره كذا، وقد كنت طلبت الشفعة، وأنا أطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك .  
ويتقدم الشفيع بطلبه هذا إما إلى البائع وإما إلى المشتري. لأن العقار المبيع يكون إما في يد البائع، أو في يد المشتري .

فإن كان العقار في يد البائع، فالشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع، وإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء طلب عند العقار المبيع. أما الطلب من البائع والمشتري فلأن كلا واحدا منهما خصم، البائع لأنه لا يزال واضعاً يده على العقار، والمشتري وإن لم يتسلم العقار غير أنه هو المالك. أما الطلب عند العقار المبيع فلأن الحق متعلق به .

فإن كان العقار في يد المشتري، فإن شاء طلب من المشتري، وإن شاء عند العقار ولا يطلب من البائع. لأنه خرج من أن يكون خصماً لزوال يده ولا ملك له، فصار بمنزلة الأجنبي. ولو تمت الصفقة بين البائع والمشتري في غير الموضع الذي فيه العقار، فليس على الشفيع أن يأتيهما، ولكن يطلب عند العقار المبيع .

### ثانياً : الإشهاد .

ويلاحظ أن الإشهاد على هذا الطلب، وتسمية العقار المبيع وتحديد يده ليس بشرط صحة كما في ظاهر رواية مذهب الحنفية. كما ليس شرط صحة في طلب المواثبة، وإنما هو لتوثيقه عند إنكار الخصم .

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص18، 19. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص172. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص385، 386. - عبد الغني الغنيمي، الباب، المرجع السابق، ج2، ص108.



ويرى أبو يوسف أن الإشهاد وتسمية المبيع وتحديد شرط صحة، لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم والعقار لا يصير معلوماً إلا بالتحديد<sup>(1)</sup>. وهذا هو الراجح والمعقول. إذ لا يعقل أن يتقدم إنسان لطلب عقار بالشفعة وهو لا يعلم موقعه، ولا مساحته.

وإن كان الشفيع في محل بعيد ولم يتمكن من تقديم طلب التقرير والإشهاد بنفسه يوكل آخر، وإن لم يجد وكيلًا أرسل مكتوبًا، وإن عجز فهو على شفעתه. فإذا حضر طلب الشفعة، فإن لم يفعل بطلت شفעתه. جاء في الفتاوي الهندية<sup>(2)</sup>: "أن الشفيع إذا علم بالليل، ولم يقدر على الخروج والإشهاد فإن أشهد حين أصبح، صح". وإذا كان الشفيع قد تقدم بطلب المواثبة أمام شهود عند البائع إذا كان العقار المبيع لا يزال في يده، أو عند المشتري، أو عند المبيع نفسه، كفاه ذلك عن طلب التقرير لحصول المقصود، وهو إظهار كونه مصرًا على طلب الشفعة. وهذا الرأي يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أنه يكفي طلب واحد فقط وهو طلب المواثبة.

### المطلب الثالث : طلب الخصومة والتملك<sup>(3)</sup>.

إذا عارض المشتري في طلب الشفعة، كان سبيل الشفيع إلى تملك العقار الإلتجاء إلى القضاء، وذلك ما يسمى بطلب الخصومة والتملك. وهو المرافعة أمام القضاء ليحكم له القاضي بالشفعة، وذلك بأن يتقدم الشفيع بطلب للقضاء يطلب فيه الحكم بالشفعة وتسليم العقار المبيع. والخصم في هذه الدعوى التي يرفعها الشفيع هو المشتري وحده إذا كان قد تسلم العقار المبيع، أما إذا لم يتسلم المشتري العقار، فإن الخصم يكون كلا من المشتري والبائع، المشتري لأنه المالك، والبائع لكونه واضع اليد.

وهل إذا قدم الشفيع طلب المواثبة والتقرير صحيحين ثبت حقه واستقر. ومن ثم فالوقت متسع أمامه ليرفع دعواه بعد ذلك في أي وقت شاء، أم أن هناك مدة محددة يجب على الشفيع أن يقدم فيها طلبه إلى القضاء، وإلا سقط حقه.

ذهب محمد وزفر ورواية عن أبي يوسف، إلى أنه إذا مضى شهر بعد الإشهاد والتقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفעתه. أما إن تأخر بعذر مقبول ككونه في ديار أخرى، أو في حبس أو به جنون فلا تسقط.

ودليل محمد وزفر فيما ذهبوا إليه، هو أن المشتري يتضرر بترك الأمر معلقًا من غير أن يجعل للطلب نهاية معلومة. لأنه لا يبني ولا يغرس، ولا يقوم بشيء مما يحتاج إليه العقار، مادام مهدد بنزعه من يده، وذلك ضرر بلا ريب، إذ هو يحد إرادته في التصرف في ملكه، ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذي يقع بالمشتري من التأخير<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص18.

<sup>(2)</sup> الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، المرجع السابق، ج5، ص173.

<sup>(3)</sup> وسماه بعضهم طلب الأخذ والتملك، أو طلب الاستحقاق.

<sup>(4)</sup> الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص109. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص19. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص28.

ويرى أبو حنيفة أن الشفيع إذا أتى بطلبي المواثبة والتقرير صحيحين، فقد استقر حقه وثبت. ولا يسقط بعد ذلك حتى يسقطه بلسانه، أو بأي مسقط آخر من مسقطات الشفعة. أما تأخير الدعوى، وهو ما يسميه الفقهاء طلب التملك أو الخصومة. فلا يعتبر إسقاطا للشفعة، وإن طالت مدته سنين عديدة، وهذه أيضا إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وهو ظاهر المذهب. لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالإسقاط، وتأخير المطالبة لا يعد إسقاطا. كتأخر استيفاء الديون لا يعد إبراء. ثم إن المشتري إذا علم أن الشفيع سوف يأخذ بالشفعة، فالظاهر أنه يتمتع من البناء والغراس خوفا من أخذ الشفعة، فلئن فعل فهو الذي أضر بنفسه<sup>(1)</sup>.

والراجح عند الشافعية هو فورية طلب المواثبة، وفورية طلب الخصومة والتملك، بحيث لا تتجاوز مدة بعد تجاوزها في العادة إعراضا تسقط به الشفعة. جاء في مغني المحتاج<sup>(2)</sup> "والأضهر أن الشفعة على الفور وإن تأخر التملك". وفسر أبو الضياء نور الدين علي بن علي الشيراملسي<sup>(3)</sup> ذلك فقال: معنى قولهم وإن تأخر التملك أنه لا يجب أن يبدأ بالتملك، بل يكفي أن يبادر الشفيع بالطلب ثم يملك عقبه". أي بطلب الخصومة والتملك عند القاضي.

وحدد المالكية<sup>(4)</sup> في أشهر أقوالهم لطلب الشفعة، مدة سنة كاملة بعد عقد البيع، أو مدة شهرين من حضور الشفيع عقد البيع.

ويرى الحنابلة في الراجح عندهم أنه إذا حدث الإشهاد على الطلب، فللشفيع مخاصمة المشتري ولو بعد سنين. ويرى بعضهم أن الشفعة تبطل إن أصر الشفيع طلبها لغير عذر، ولو كان قد أشهد عليها.

- ترجيح: ويددولي أن ما قاله محمد بن الحسن الشيباني وزفر وأبو يوسف هو الراجح والمعقول. لأن الشفعة تثبت لدفع الضرر عن الشفيع، فلا يجوز دفع الضرر على وجه يلحق الضرر بالغير. وفي تأخير هذا الحق أبدا، أو أمدا طويلا كسنة أو أربع سنوات كما قال البعض، إضرار بالمشتري. فكان الشهر أنسب الآجال لرفع دعوى الشفعة أمام القضاء، أو تقديم طلب الخصومة والتملك كما عبر فقهاؤنا. وإلا سقط حق الشفعة.

## المطلب الرابع: القضاء بالشفعة لا يتوقف على دفع الشفيع الثمن

إذا طالب الشفيع بالشفعة أمام القضاء، فهل يشترط للقضاء بها إحضار الشفيع الثمن؟ وما هو الحكم إذا عجز الشفيع عن دفع الثمن؟ وإليك توضيح هذين النقطتين تباعا.

<sup>(1)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص118. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص385.

<sup>(2)</sup> الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص307.

<sup>(3)</sup> حاشية نور الدين الشيراملسي على هاية المحتاج للملبي، المرجع السابق، ج5، ص215.

<sup>(4)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص209. - الخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص172. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص404.

## أولاً : إحضار الثمن .

ذهب المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنفية<sup>(4)</sup> في ظاهر الرواية، إلى أنه لا يتوقف إصدار الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفيع الثمن، إلى مجلس القضاء . لأن حقه ثبت بمجرد البيع للأجنبي دفعا للضرر عنه، فصار كما لو صدر له الشراء ابتداء من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن لأنه تملك بعوض .

وقال محمد بن الحسن الشيباني: لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، دفعا للضرر عن المشتري . لأن الشفيع ربما يكون مفلسا، فيتوقف القضاء بالشفعة على إحضار الثمن . ويؤجله القاضي يومين أو ثلاثة، تمكننا له من نقد الثمن . إذ لا يصح دفع الضرر عن الشفيع بإضرار غيره .

غير أن هذا المحذور الذي يخشاه محمد بن الحسن، يمكن دفعه كما قال أبو حنيفة بأن المشتري يمكنه حبس العين في يده، حتى يدفع الشفيع الثمن . ووفق الكاساني بين الرأيين، فقال: هذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة، وللقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف . لأن لفظ محمد رحمه الله " ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال " . لا يدل على أنه ليس له أن يقضي، بل هو إشارة إلى نوع احتياط، ولهذا لو قضى جاز ونفذ قضاؤه نص عليه محمد .

وإذا ثبت أن القضاء بالشفعة لا يتوقف على إحضار الشفيع الثمن، فإنه لا يلزم من ذلك أن المشتري يجب عليه تسليم العقار المشفوع فيه، فإنه لا يلزمه تسليمه حتى يقبض الثمن . فمتى قبض الثمن في الحال، وطلب أجلا لدفع الثمن، وأجل يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم . وهذا ما ذهب إليه أحمد وما قاله مالك والحنفية . وقال الشافعي وابن شبرمة ينظر ثلاثة أيام لأنها آخر حد القلة، فإن أحضر الثمن تسلم العقار، وإلا فسخ عليه<sup>(5)</sup> .

## ثانياً : عجز الشفيع عن دفع الثمن .

وإذا أمهل القاضي الشفيع يوما أو يومين أو أكثر من ذلك، بحسب ما يرى ليحضر الثمن، غير أن الشفيع عجز عن ذلك، هل يبطل حقه في الشفعة أم لا ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء .

الرأي الأول : ذهب الظاهرية وجمهور الحنفية إلى أن حق الشفيع لا يسقط، وأن لمن بيده المبيع أن يجبسه عن الشفيع حتى يستوفي ثمنه، ولا ينتقض حكم الشفعة . وقالوا: إن الشفيع يملك العقار بحكم القضاء، فكأنه اشترى العقار من البائع، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن . فالتملك بالشفعة إذن هو بمنزلة الشراء

<sup>(1)</sup> الخرشني على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص174 . - حاشية المواق على الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص325 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص509، 510 .

<sup>(3)</sup> الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص300 . - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص202 .

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24، 25 . - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص119 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص176 .

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص510 . - حاشية العدوي على شرح رسالة أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ج2، ص232 .

المبتدأ، ويصبح الثمن ديناً في ذمة الشفيع. وعليه فإنه يحق لمن كان بيده العقار المشفوع فيه من البائع أو المشتري، حبس هذا العقار حتى يستوفي الثمن من الشفيع. فإن استطاع الشفيع أن يوفي الثمن تسلم العقار، فإن عجز عن توفير الثمن في الحال وطلب مهلة أمهل. فإن كان ذو مال وقادر على سداد الثمن، غير أنه ماطل في الوفاء، حبسه القاضي لأنه ظهر ظلمه بالامتناع عن إيفاء حق وجب عليه، ولا يتقضي حكم الشفعة، كالمشتري إذا امتنع عن إيفاء الثمن، يحبس ولا ينقض البيع<sup>(1)</sup>.

غير أنه إن عجز الشفيع عن توفير الثمن بعد انتهاء المهلة التي أعطيت له، فإن حقه لا يضيع، ولا ينقض حق الشفعة. لأنه أصبح ذو مال بهذا العقار الواجب له، ومن ثم فيباع هذا العقار في الدين الذي عليه. فإن وفى بالثمن فذلك، وإن لم يوف فهو حينئذ ذو عسرة فيمهل إلى ميسرة<sup>(2)</sup> كما قال تعالى " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة "،<sup>(3)</sup>.

الرأي الثاني: وذهب الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية، إلى أن الشفيع إذا عجز عن توفير الثمن بعد المهلة التي أعطيت له، بطل حقه في الشفعة. لأن الأخذ بالشفعة، مع العجز عن توفير الثمن إضرار بالمشتري، ولا يزال الضرر بالضرر<sup>(4)</sup>.

الرأي الثالث: يرى المالكية أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه، بقضاء القاضي أو بدفع الثمن، أو بمجرد الإشهاد على الأخذ. وعليه فإن الشفعة تلزم الشفيع، إذا قال أخذت أو تملك، ودفع الثمن مع علمه بمقداره، أما إذا لم يكن عالماً بمقدار الثمن فلا تلزمه<sup>(5)</sup>. وعلى هذا الأساس فرق المالكية<sup>(6)</sup> بين حالات أربع للشفيع هي:

الحالة الأولى: أن يقول الشفيع أخذت بصيغة الماضي، وقد عرف ثمن البيع الذي اشترى به العقار المشفوع فيه، وسلم المشتري الأخذ. فيلزم المشتري تسليم العقار للشفيع، ولا رجوع لأي واحد منهما. ثم إن أتى الشفيع بالثمن فلا كلام، وإن لم يأت به، فإن الحاكم يؤجله. فإذا انتهى الأجل ولم يأت بالثمن، فإن القاضي يبيع من ماله بقدر الثمن، ويبيع من مآعه ما هو أولى بالبيع.

الحالة الثانية: أن يقول الشفيع أخذت مع معرفته ثمن البيع، ويسكت المشتري. فإن أتى الشفيع بالثمن أجبر المشتري على أخذه، وتسليم العقار. وإن لم يأت بالثمن فإن الحاكم يؤجله، فإن مضى الأجل ولم يأت بالثمن، فالمشتري بالخيار بين أن يبطل أخذ الشفعة ويسبقي العقار لنفسه، وبين أن يعتبر الثمن دين حال في ذمة الشفيع، يجب سداؤه بالابتياح من ماله بقدر الثمن.

<sup>(1)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص119. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24.

<sup>(2)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص95، مسألة رقم1602.

<sup>(3)</sup> سورة البقرة آية رقم289.

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص327. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص310، 312. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص509، 510. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24.

<sup>(5)</sup> الشيخ عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص222. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص488.

<sup>(6)</sup> الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج5، ص327. - الشيخ عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص223، 227. الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص175. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص489.

الحالة الثالثة : أن يقول الشفيع أخذت، ويرفض المشتري ذلك . فإن عجل الشفيع الثمن أجبر المشتري على أخذه وتسليم العقار، وإن لم يجعل الثمن أبطل الحاكم شفيعته من غير تأجيل . وإن أراد أن يعتبر المشتري الثمن دين حال في ذمة الشفيع فله ذلك، ويبيع من أجل ذلك من مال الشفيع بقدر الثمن، بل يباع حتى العقار المشفوع فيه لسداد دينه .

الحالة الرابعة : إذا قال الشفيع: أنا آخذ بالشفعة بصيغة اسم الفاعل أو المضارع . فإن سلم له المشتري ذلك الأخذ، فالحكم أنه إن عجل الشفيع الثمن فلا كلام في أخذه، وإن لم يجعل الثمن أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن . فإن أتى به في الأجل المضروب له، فله أن يسلم العقار المشفوع فيه، وإن لم يأت بالثمن في ذلك الأجل سقطت شفيعته .

أما إن قال الشفيع أنا آخذ بالشفعة بصيغة اسم الفاعل أو المضارع، وسكت المشتري أو رفض . فإن عجل الشفيع الثمن أجبر المشتري على أخذه، وسلم العقار المشفوع فيه، أما إن لم يجعل الثمن فقد بطلت الشفعة .

وحجة المالكية في هذا التقسيم هو لزوم الشفعة من جانب واحد أو من جانبيين . فإذا لزم من الجانبين، جانب الشفيع وجانب المشتري، بأن قال الشفيع أخذت، وعرف الثمن، وسلم له المشتري في الأخذ، ثبت الملك للشفيع، وأصبح الثمن دين حالاً في ذمته، يباع من أجل سداده أي مال له، كسائر الديون الحالة .

أما إذا لزم من جانب الشفيع وحده، بأن قال أخذت وعرف الثمن، وسكت المشتري أو رفض، فالخيار للمشتري، فإن اختار بقاء الشفعة، ثبت الملك للشفيع ويصبح الثمن ديناً في ذمته، يباع من أجل سداده، حتى العقار المشفوع فيه، وإن اختار فسخها بطلت الشفعة .

أما إذا لم تلزم من الجانبين، بأن قال الشفيع أنا آخذ بصيغة المضارع، أو اسم الفاعل، لم يثبت الملك . لأن الشفعة حق ضعيف يبطل بأدنى إعراض، ومن ثم تبطل الشفعة إذا لم يجعل الثمن .

## مناقشة وترجيح :

من خلال الآراء الثلاثة السالفة الذكر يتضح لنا أن المالكية والحنفية والظاهرية اتفقوا فيما ذهبوا إليه - مع تفصيل أورده المالكية - وهو أن الشفعة تثبت للشفيع بقضاء القاضي، ويصبح الثمن ديناً في ذمة الشفيع . فإن كان الثمن حاضراً أداه، وإلا أمهله مدة لتوفيره، فإن عجز عن توفيره بعد المدة التي أعطيت له، فإنه يباع من ماله، ما يسدد به دينه، بما في ذلك العقار الذي أخذه بالشفعة، إذا لم تكف أمواله الأخرى . ويكون للمشتري حق الأولوية في أخذ العقار باعتباره دائناً، وأرى في هذا دور للزوم له، ومطل عن المشتري في أخذ حقه .

ولهذا فإن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية في نظري هو الراجح . فالشفيع إذا كان ذو مال أخذ الشفعة ودفع ثمنها، فإن لم يكن له مال حاضر، أمهله القاضي مدة، فإن أحضر الثمن أخذ شفيعته، وإلا فسخ القاضي حكم الشفعة، وعاد العقار إلى المشتري . وهذا يتفق مع تعريف الشفعة وهو أن الشفيع يأخذ بمثل ما أخذ به المشتري من الثمن والمصاريف . ولأن الشفيع ثبت له سبب يقضيه المطالبة بالملك، ولم يثبت له ملك تام .

ولأن في أخذ العقار دون دفع الثمن هو إضرار بالمشتري، فلا يعقل أن نجمع عليه ضررين في آن واحد، ضرر أخذ العقار منه بالشفعة، وضرر عدم دفع الثمن. ولا يزال الضرر بالضرر، فكيف نزيله بضررين .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## المبحث الثالث

### مقارنة بين إجراءات القانون المدني والفقهاء الإسلامي

من خلال المبحثين السابقين تبين لنا أنه ليس هناك خلاف كبير، بين إجراءات الفقهاء الإسلامي والقانون المدني الجزائري. وها أنا سأذكر في هذا المبحث نقاط الاتفاق، ونقاط الاختلاف .

#### أولا : نقاط الاتفاق .

تبين لنا أن هناك اتفاق بين الفقهاء والقانون. على أن الشفعة تثبت بالتراضي أو بالتعاضد. وعلى أن طرفا الخصومة في دعوى الشفعة هما البائع والمشتري من جهة، البائع باعتبار واضع اليد، والمشتري باعتباره مالكا. ومن الجهة الأخرى فالخصم هو الشفيع .

#### ثانيا : نقاط الاختلاف : أما نقاط الاختلاف فهي .

1 - العلم بواقعة البيع : ألزم القانون البائع أو المشتري بإخبار الشفيع بوقوع البيع، عن طريق إنذار رسمي يوجه إلى الشفيع يعلمه بوقوع البيع . وأن العبرة بالإنذار الرسمي الذي يرسله البائع أو المشتري، وليس بأي طريق آخر يحصل به علم الشفيع بالبائع . وفي حالة عدم إنذار الشفيع، وإكفى المشتري بتسجيل عقد البيع، فقد افترض القانون افتراضا غير قابل للإثبات العكس، أن الشفيع قد علم بوقوع البيع، ولذا حكم بسقوط حقه في الشفعة بعد مضي مدة سنة، من وقت تسجيل عقد البيع .

أما الفقهاء الإسلامي فلم ترفه إلهام البائع أو المشتري بإخبار الشفيع بوقوع البيع، ولم يعرف التسجيل كوسيلة لإعلان الحقوق وإشهارها . ومن ثم فقد ترك الأمر مفتوحا، إلى أن يعلم الشفيع بوقوع البيع بنفسه، سواء حصل هذا العلم بمحض الصدفة، أو أخبره من علم بوقوع البيع، أو أخبره المشتري نفسه .

ولا يختلف اثنان في مدى صعوبة إثبات علم الشفيع إذا ما أنكر علمه بالبائع، وصعوبة حل المنازعات المترتبة عن ذلك . ولعل ملاحظة هذه الصعوبات، هي التي جعلت الملكية والإباضية يتجهون في اجتهادهم نحو تحميل البائع أو المشتري، مسؤولية إعلام الشفيع بوقوع البيع .

وعليه فإن ما ذهب إليه القانون في إلهام البائع أو المشتري بإخبار الشفيع بوقوع البيع هو اتجاه حسن، يجنبنا كثيرا من المنازعات التي قد يصعب حلها .

#### 2 - ميعاد إعلان الشفيع رغبته في أخذ الشفعة

إذا علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمي، الذي وجهه إليه البائع أو المشتري . فإن القانون المدني في المادة 799 أعطاه مهلة شهر ليعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة. وإلا سقط حقه. أما الفقهاء الإسلامي فقد

اختلفت فيه الآراء، فمن الفقهاء من قال إن الشفعة على الفور ساعة علم الشفيع بالبيع . ومنهم من قال هي على التراخي، والوقت متسع أمام الشفيع يعلن عن رغبته في أي وقت شاء . وهؤلاء أيضا اختلفوا في وقت التراخي هل له وقت محدد ينتهي عنده أم لا ؟ والذين قالوا بالتحديد، اختلفوا أيضا في الحد الذي ينتهي عنده التراخي، فمنهم من قال سنة، ومنهم من قال سنتين، ومنهم من قال ثلاث سنين، ومنهم من قال ثلاثة أيام، ومنهم من لم يحدد، واكفى بالقول بأن يعطى للشفيع مدة تسع التأمل، ليقرر أخذ الشفعة أو تركها .

وقد ترجح لدي من خلال مناقشة هذه الأقوال جميعا، أن مدة شهر وقت كاف، ليعرب الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة، إذا ما أعلمه الشفيع بوقوع البيع، أما إذا لم يعلمه فهو على شفيعته أبدا . وفي هذا اتفاق بين القانون والفقهاء في أرجح أقواله، وإن كان القانون يجعل مدة خمس عشرة سنة مدة لسقوط الحق فيما إذا لم يطالب به صاحبه، أما الفقه الإسلامي فيجعل المدة نفسها مدة لمنع سماع الدعوى فقط، لا لسقوط الحق .

### 3 - تحديد العقار المشفوع فيه .

وإذا أرسل البائع أو المشتري إنذارا إلى الشفيع، لإخباره بوقوع البيع فإن المادة 800 من القانون المدني الجزائري، أوجبت اشتغال الإنذار على بيانات محددة لموقع العقار، وحدوده، ومساحته، وثن البيع، واسم البائع والمشتري، والأجل الذي قدره ثلاثون يوما، ليعلن الشفيع عن رغبته في الشفعة، وإلا سقط حقه . فإذا لم يشمل الإنذار على هذه البيانات كان باطلا .

ولم نر هذا التحديد عند معظم الفقهاء المسلمين، ما عدا أبو يوسف من الحنفية، الذي اعتبر أن تحديد المبيع وتسميته شرط صحة لتقديم طلب التقرير . ولا شك أن ما ذهب إليه أبو يوسف، وما قال به القانون المدني هو الراجح والمعقول . لأن التحديد ينفي الجهالة عن الصفقة، ويجعل الشفيع على بينة من أمره، ليقرر أخذ الشفعة أو تركها .

### 4 - ميعاد رفع دعوى الشفعة .

تنص المادة 802 من القانون المدني الجزائري، على أن الشفيع يجب عليه أن يرفع دعوى الشفعة، في خلال ثلاثين يوما، من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة . ومعنى هذا أن الوقت ليس مفتوحا أمام الشفيع، بل له مدة محددة ليرفع فيها دعواه، وإلا سقط حقه .

وقد اختلفت الآراء في الفقه الإسلامي، فمن الفقهاء من يرى أن الوقت أمام الشفيع متسع، ليخاصم الشفيع في أي وقت شاء، ومنهم من حدد المدة بسنة، ومنهم من حددها بسنتين، ومنهم من حددها بشهر، ومنهم من حددها بشهرين، ومنهم من اكفى بالقول ألا تتجاوز مدة يعد تجاوزها في العادة إعراضا تسقط به الشفعة .

وقد ترجح لدي أن مدة شهر هي أنسب الآجال لرفع دعوى الشفعة، وإلا سقط الحق . وفي هذا اتفاق بين الفقه والقانون .



## 5 - القضاء بالشفعة يتوقف على إيداع الثمن .

ألزم القانون الشفيع بوجوب إيداع ثمن البيع، ومصاريفه، بين يدي الموثق، قبل رفع دعوى الشفعة، حتى لو كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً، وذلك خلال ثلاثين يوماً، من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. واعتبر هذا الأجراء شرطاً أساسياً لقبول دعوى الشفعة، يترتب على عدم مراعاته سقوط الحق في الشفعة .

أما في الفقه الإسلامي فقد رأينا أن معظم الفقهاء قد ذهبوا إلى أن القضاء بالشفعة، لا يتوقف على إحضار الشفيع الثمن، ولم يشذ عن ذلك سوى محمد بن الحسن من الحنفية، والذي قال بأنه لا يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، دفعا للضرر عن المشتري. ومع قوله هذا فهو لا ينفي صحة القضاء إذا ما صدر، ولكنه اعتبره نوعاً من الاحتياط حتى لا يقضى للشفيع وهو مفلس، ولهذا لو قضى جاز ونفذ القضاء، كما أشار إلى ذلك الكاساني في البدائع .

وأرى في هذا المقام أن رأي الفقه الإسلامي هو الراجح. وخاصة رأي الشافعية والحنابلة الذي ترجح لدي. فإذا كان الشارع أعطى للشفيع حق أخذ العقار المبيع بالشفعة، فلا نحرمة نحن من هذا الحق بمجرد عجزه عن توفير الثمن مدة شهر، ولذا فإننا نعطيه الوقت الكافي لاستيفاء حقه بتوفير ثمنه. وعليه فلا ترتب القضاء بالشفعة على توفير الثمن، ولا نلزمه بإيداعه قبل رفع دعوى الشفعة، بل يقضى القاضي بالشفعة إذا ما رفع الشفيع الدعوى، حتى ولو لم يكن الثمن حاضراً، ثم نعطيه مهلة أخرى بعد صدور الحكم القضائي، بحسب ما يرى القاضي، فإذا ما عجز عن توفير الثمن بعد هذه المدة كلها انفسخ حكم الشفعة، وعاد العقار إلى المشتري.

# الفصل الرابع

## آثار الشفعة

يترتب على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. وانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، إنما هو ذاته نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشتري، في عقد البيع الذي تم بين البائع والمشتري. فتنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشتري، بناء على هذا الحلول. ومادام الشفيع قد حل محل المشتري، فيجب إذن أن نحدد علاقة الشفيع بالبائع، وعلاقة الشفيع بالمشتري، وعلاقة الشفيع بالغير. ونوضح ذلك كله في أربعة مباحث .

المبحث الأول : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع .

المبحث الثاني : علاقة الشفيع بالبائع .

المبحث الثالث : علاقة الشفيع بالمشتري .

المبحث الرابع : علاقة الشفيع بالغير .

# المبحث الأول

## انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

اتفقت كلمة الفقه والقانون على أن من آثار البيع، انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري. ولما كان من الآثار المباشرة للشفعة، هو حلول الشفيع محل المشتري، فإن ذلك يعني انتقال ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع .

غير أنه إذا قام نزاع بين المشتري والشفيع، وحسم القضاء هذا النزاع، أو سلم المشتري بأحقية الشفيع في العقار المشفوع فيه. فمتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، هل من وقت صدور الحكم القضائي؟ أو من وقت وقوع البيع؟ وبعبارة أخرى هل الحكم القضائي كاشف للحق أم منشئ له؟

لتوضيح هذه المسألة نعقد مطلبين اثنين. أحدهما للفقه الإسلامي، والثاني للقانون المدني .

المطلب الأول : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه في القانون المدني .

## المطلب الأول: انتقال ملكية العقار المشفوع فيه في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أنه إذا تم عقد البيع صحيحا، دخل المبيع فورا إلى ملك المشتري. حتى ولو لم يتسلم المشتري العين المبيعة، ولم يقبض البائع الثمن<sup>(1)</sup>. وإذا كان بمجرد تمام عقد البيع يدخل المبيع في ملك المشتري، فهل إذا أراد الشفيع أخذ العقار المبيع بالشفعة، يكفيه مجرد تقديم طلب المواثبة لينقل الملك، أم لا بد من رفع الأمر إلى القضاء، وإذا رفع الأمر إلى القضاء فهل أن حكم القضاء منشأ لحقه أم كاشفا عنه؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين، مذهب الحنفية من جهة، ومذهب أبي حنيفة وجمهور الفقهاء من جهة أخرى.

### أولا: مذهب الحنفية

ذهب الحنفية في أكثر أقوالهم إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه من وقت رضاء المشتري، أو من وقت قضاء القاضي. "وقد ذكر الكرخي رحمه الله أن القاضي إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع وبين المشتري في المشهور من قولهم. وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض. واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم البيع لا ينتقض، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع. وقال بعضهم ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وينعقد للشفيع بيع آخر. كأنه كان من البائع إيجابا لأحدهما مع المشتري والآخر مع الشفيع، فإذا قضى القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه، وانتقض ما أضيف إلى المشتري، سواء قبل المشتري الإيجاب الذي أضيف إليه أو لم يقبل.

وجه قول من قال بالتحويل لا بالانتقاض، أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة، لأنه من شرائط وجوب الشفعة، فإذا انتقض لم يجب فتعذر الأخذ<sup>(2)</sup>.

وجه من قال بالانتقاض لا بالتحويل، أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع. والعجز عن قبض المبيع، يوجب بطلان البيع لحلوله عن الفائدة كما إذا هلك المبيع قبل القبض... كما أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشتري، ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشتري. لأن التحويل كان لضرورة مراعاة حق الشفيع، ولما رد فقد زالت الضرورة، فينبغي أن يعود الشراء. ولأنها لو تحولت إليه لصار المشتري وكيلًا للشفيع، لأن عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري رآها قبل ذلك ورضي بها. لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه. وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل فأراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذها بثمن حال، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل.

كذلك لو اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها عند البيع، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله أن يردها على من أخذها منه، ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشتري. فدلّت

<sup>(1)</sup> مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج1، ص441.

<sup>(2)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص23. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص388.

هذه المسائل على أن شراء المشتري ينتقض ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ، بعد إيجاب مبتدأ مضافا إليه. وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لاتقاضه، بل بعقد مبتدأ بين البائع والشفيع. أما إذا كان المبيع في يد المشتري فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه، فالبيع الأول صحيح، لأن التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه<sup>(1)</sup> ومعنى هذا أن الحكم منشئ لحق الشفيع، لا كاشفا عنه.

## ثانيا : مذهب أبي حنيفة وجمهور الفقهاء .

ويرى أبو حنيفة أنه لا حاجة إلى قضاء القاضي حتى يستقر حق الشفيع ويثبت، بل يكفي تقديم طلب المواثبة والتقرير والإشهاد صحيحين، فإذا فعل ذلك استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه. وهذه أيضا إحدى الروايتين عن أبي يوسف وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى. ووجه قول أبي حنيفة أن حق الشفيع قد ثبت بالطلب، وتأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون<sup>(2)</sup>. ومعنى هذا أن أبا حنيفة يرى أن الحكم كاشف للحق لا منشأ له.

وقريبا من قول أبي حنيفة قول المالكية والشافعية والحنابلة .

- فعند الحنابلة<sup>(3)</sup> يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بكل لفظ يدل على أخذه بالشفعة، إذا كان الثمن والعقار المشفوع فيه معلومين، ولا يفتقر إلى حكم حاكم. لأنه حق ثبت بالنص والإجماع، فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب، وكأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول .

- وعند الشافعية<sup>(4)</sup> يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري، أو يرضى المشتري بثبوت الثمن دينا في الذمة. كما يملك العقار بالقضاء عند النزاع. وعند ذلك لا يسلم المشتري المبيع للشفيع، إلا بعد دفع الثمن، وله أن يمهل ثلاثة أيام، فإن مضت ولم يدفع فسخ القاضي الملك .

- وذهب المالكية إلى أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه، بقوله أخذت بالشفعة وما في معناه دون اشتراط قضاء من القاضي أو رضاه من المشتري، متى كان عالما بالثمن. فإن لم يكن يعرف الثمن لا يملك. وقيل لا يجوز له الأخذ بالشفعة لتلايكون ابتداء شراء بثمن مجهول<sup>(5)</sup>. جاء في منح الجليل: يملك الشفيع المشفوع فيه بتسليم الثمن وإن لم يرض المشتري، وبقضاء القاضي له عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ، وبقوله أخذت وتملكت، ثم يلزمه إن كان علم بمقدار الثمن، وإن لم يعلم به لم يلزمه<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24 .

<sup>(2)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص19 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص474، 475 .

<sup>(4)</sup> الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص300. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص203. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص382. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص338 .

<sup>(5)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص175 .

<sup>(6)</sup> الشيخ عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص222. - وانظر أيضا حاشية المواق على الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص326. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص388 .

**وخلاصة القول:** إن الحنفية في أكثر أقوالهم يرون أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه، من وقت رضا المشتري، أو من وقت قضاء القاضي. فيكون حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع. غير أن إمام المذهب أبو حنيفة يرى أن الشفيع يستقر حقه بطلب المواثبة وطلب التقرير والإشهاد، دون حاجة إلى قضاء القاضي. وهذه هي إحدى الروايتين عن أبي يوسف، فلا يكون قضاء القاضي ضروريا لاستقرار حق الشفيع، وإذا تم اللجوء إليه فإن حكم الشفعة يكون كاشفا للحق لا منشأ له.

أما جمهور الفقهاء فهم يرون أن تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه، لا يتوقف على قضاء القاضي أو رضا المشتري، بل بكل لفظ يدل على أخذ الشفعة، متى كان الثمن والشقص معلومين عند الحنابلة. وبمجرد الطلب عند الملكية متى علم الثمن. وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشتري عند الشافعية.

وعليه فيمكنني أن أقول إن الفقه الإسلامي في معظم مذاهبه، يرى أن حكم الشفعة كاشف عن الحق وليس منشأ له. أو بعبارة أخرى فإن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه من وقت البيع، لا من وقت صدور حكم الشفعة. والحكم إذا صدر بعد ذلك يكون له أثر رجعي من وقت وقوع البيع.

### **المطلب الثاني : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه في القانون المدني .**

إذا اكتملت الشفعة بعناصرها الثلاثة - وهي الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه، والعقار المشفوع به بالشفيع أو الجوار، وبيع العقار المشفوع فيه، وأعلن الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة - فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره، والأثر المباشر لقيام الشفعة هو حلول الشفيع محل المشتري. ومن ثم انتقال ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع<sup>(1)</sup>. ولا خلاف في أن ملكية العقار المشفوع فيه تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل سند الملكية - سواء كان سند التراضي إذا تمت الشفعة بالتراضي، أو الحكم القضائي إذا أخذت الشفعة بالتقاضي - سواء فيما بينه وبين البائع أو فيما بينه وبين الغير، كما هو واضح من المادة 793 من القانون المدني، كما سبق بيان ذلك في الفصل الثالث.

غير أن الخلاف وقع في الوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري، هل من وقت تمام البيع؟ أو من وقت إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة؟ أو من وقت رفع دعوى الشفعة؟ أو من وقت صدور الحكم القضائي بثبوت الشفعة؟

ذهب إلى كل احتمال من الإحتمالات الأربعة طائفة من الفقهاء<sup>(2)</sup>. غير أن الرأيين اللذين نقف معهما هو الرأي الذي يقول إن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم القضائي، وهو رأي محكمة النقض

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص701، 702.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص705، 706.

المصرية. ورأى العميد السنهوري الذي يرى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور البيع. فنعرض لهذين الرأيين مع أدلتهما في فرعين اثنين .

## الفرع الأول : رأي محكمة النقض .

ترى محكمة النقض المصرية أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم القضائي بثبوت الحق في الشفعة، وأن حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع. وحجتها في ذلك ما يأتي .

1 - تفسيرها للمادة 944 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 803 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أن "الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع". فهي ترى أن المشرع لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلاً على الملكية التي قضى بها، بل أراد الشارع اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً للملكية الشفيع. فكلمة السند الواردة في النصوص القانونية إنما يراد بها السبب القانوني المنشئ لحق الملكية، ولم تأت على معنى دليل الملكية أو حجيتها، ومتى كان حكم الشفعة في نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشؤها، فإن مقتضى هذا النظر ألا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا. لأن المسبب لا يوجد قبل سببه. ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشأً للحقوق لا ينسحب على الماضي<sup>(1)</sup>. هذه هي الحجة الرئيسية التي اعتمدت عليها محكمة النقض، أما بقية الأدلة فهي ردود على اعتراضات وجهت إليها .

2 - إن المادة 946 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 805 من القانون المدني الجزائري، والتي تقيد من حق المشتري في أن يبني أو يغرس، بعد الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة. والمادة 947 من القانون المدني المصري، والتي تقابلها المادة 806 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على عدم سرعان تصرفات المشتري في العين المشفوعة في حق الشفيع، إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة. لا يمكن أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي، إذا صدر الحكم بالشفعة. لأن المشرع لم يرد أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعي لأن هذا الأثر لا يستقيم، وهو تقدير غير مقبول. لأن الأصل في التصرفات التنجيز، والتعليق يثبت بعارض الشرط. والتعليق بالشرط لا يكون إلا في الالتزامات الاتفاقية. فلا يمكن إذن أن يثبت للمشتري - وهو قد اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده - إلا حق ملكية تامة ناجزة، لا تزول عنه إلا بسبب من الأسباب التي تؤدي إلى هذا الزوال. أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة، إلى ملكية معلقة بمجرد أن البيع الذي كان علة لها، قد ولد حقاً لمن قام به سبب من أسباب الشفعة فذلك لا يتأتى قانوناً<sup>(2)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص712. - معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، المرجع السابق، ص152، 153.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص713.

إن المشرع أخذ أحكام المادتين 946، 947، مدني مصري، واللذان تقابلهما المادتان 805، 806 مدني جزائري، من فقه الحنفية. ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعي ولا الإستناد، إلا في تصرفات الفضيولي إذا أجزت وغيرها مما لا يدخل في باب التعليقات. وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعي، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور، والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي الشفيع والمشتري .

3 - المادة 945 مدني مصري، والتي تقابلها المادة 804 مدني جزائري، والتي يفهم منها أن الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه والتزاماته قبل البائع. فنجد المشتري يحتفي من الصفقة، ويحل محله الشفيع، وكان الشفيع لا المشتري هو الذي تعاقد مع البائع منذ إبرام عقد البيع .

لأنقر محكمة النقض حلول الشفيع محل المشتري في وقت سابق على صدور حكم الشفعة، إلا على تقدير الأثر الرجعي لحلول الشفيع محل المشتري، وهو تقدير يتناقض مع ما سبق تقريره من أن حكم الشفعة منشأ لا مقررا لحق الشفعة<sup>(1)</sup> .

4 - ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 945 مدني مصري، والتي تقابلها المادة 804 مدني جزائري، من أنه إذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع. فرجوع الشفيع على البائع مباشرة بضمان الاستحقاق، يفيد أن الصلة انعقدت بينهما منذ إبرام البيع، وحل الشفيع محل المشتري في هذا الوقت .

لأنقر محكمة النقض هذا الفهم، وترى بأن الشفيع إذ يرجع بالضمان في حالة الاستحقاق، إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذي حل محله. ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشتري نفسه، بل الذي يتأتى أن يرجع على البائع الذي ادعى ملك ما باع، ثم تقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعارض بين نفي الأثر الرجعي لحكم الشفعة واعتبار المشتري مالكا من يوم هذا الحكم، وبين إيجاب الضمان في حالة الاستحقاق على البائع دون المشتري<sup>(2)</sup> .

5 - ما هو مقرر كمبدأ عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها، فكذا حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع ولا ينشؤه .

لأنقر محكمة النقض هذا الفهم وتقول إن الشارع نفسه هو الذي جعل حكم الشفعة منشأ لحق الشفيع، كما جعل حكم البيع منشأ لحق الراسي عليه المزداد. فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا محيد عنه<sup>(3)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص716 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص714 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص715 .



6 - إن الشفيع إذ يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة، فإنه يحرم من استغلال هذا المال، كما يحرم أيضا من ريع العقار، من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم، لأنه ليس مالكا للعقار في هذه الفترة. هذان الحرمانان اجتمعا نتيجة القول بتأخير تملك العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم .

ترد محكمة النقض بأن هذا لا يعني أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه من وقت تمام إجراءات الشفعة، وإنما كان هذا تماشيا مع اتجاه المشرع في التضييق من حق الشفعة، وضمانا لجدية طلبها . وطالما أن حق الشفيع في العين المشفوعة فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له، فلا مجال للقول باستحقاق الريع من تاريخ إيداع الثمن<sup>(1)</sup> .

## الفرع الثاني : الرأي المعارض لمحكمة النقض .

يرى العميد السنهوري أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت البيع، لامن وقت صور الحكم بالشفعة، وحجته في ذلك ما يأتي :

1 - التكييف الصحيح للشفعة أنها واقعة مركبة من عناصر ثلاثة، وهي: الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة . فمتى تكاملت هذه العناصر فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره، وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشتري في البيع الذي تم بين المشتري والبائع منذ تمام هذا البيع، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة بين البائع والشفيع، لابن البائع والمشتري .

ومما يؤكد هذا الفهم أن المادة 945 مدني مصري، تنص صراحة على أن الشفيع لا يرجع في ضمان الاستحقاق على المشتري، وإنما يرجع على البائع . ولا يتأتى ذلك إذا بقي المشتري في الصفقة بتوسط بين البائع والشفيع، فتنقل الملكية أولا بالبيع من البائع إلى المشتري، ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشتري إلى الشفيع . إذ لو كان الأمر على هذا النحو، لوجب أن يرجع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري، فهو الذي نقل الملكية إلى الشفيع، ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع، إلا باسم المشتري عن طريق الدعوى غير المباشرة . غير أن المادة 945 حسمت الأمر، في أن الشفيع لا يرجع إلا على البائع . فهذا النص هو الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشتري، منذ إبرام البيع، وأن المشتري يخفي من الصفقة، لتكون الصلة مباشرة ما بين البائع والشفيع .

2 - من خلال المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لنصوص الشفعة، والمناقشات التي دارت بين أعضاء اللجنة، يتضح أن اللجنة لم تكن في صف محكمة النقض، مع أن نفس اللجنة هي التي أقرت نص المادة 944، والتي جاء فيها بأن حكم الشفعة " يعتبر سنداً للملكية الشفيع " . لم يفهم أحد من أعضائها أن المقصود بالسند هنا هو السبب القانوني المنشئ لحق الشفيع، كما ذهبت محكمة النقض، وإلا لما كان هناك محل لأن تناقش اللجنة

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص731 .

طويلاً<sup>(1)</sup> في تحديد الوقت الذي ينشأ فيه حق الشفيع، فلا تصل إلى قرار في ذلك، مع وجود نص صريح أمامها، يحدد هذا الوقت بتاريخ صدور حكم الشفعة، إن صح تفسير محكمة النقض .

- بعد تقديم هذه الأدلة يتولى بعد ذلك الرد على حجج محكمة النقض والاعتراضات التي أجابت بها، على من اعترض على ما ذهبت إليه فيقول :

- إن الحجة الرئيسية التي استندت إليها محكمة النقض، هو تفسيرها للعبارة الواردة في نص المادة 944 من أن حكم الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع. فرأت أن كلمة السند استعملت بمعنى السبب القانوني المنشئ لحق الشفيع، غير أن هذا احتمال. لأنه يوجد استعمال آخر لكلمة السند، بمعنى دليل الحق المكتوب الذي يتمسك به صاحبه، فما هي القرينة التي تغلب أحد الاحتمالين على الآخر، لا توجد أي قرينة، فسقطت بذلك الحجة الرئيسية<sup>(2)</sup>.

أما اعتراضه على أجوبة محكمة النقض فكانت كما يلي :

فالاغراض الأول الذي وجه إلى محكمة النقض، وهو أن الشفيع لو كان لا يملك إلا من تاريخ صدور حكم الشفعة، لما كان هناك وجه لتقييد حق المشتري في البناء والغراس والتصرف، كما يقيد من يبنى ويغرس أو يتصرف في ملك الغير. فتجيب محكمة النقض بأن هذه القيود لا يمكن أن تكون ترتبت على زوال ملكية المشتري بأثر رجعي، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشتري مالكا تحت شرط فاسخ، أو يكون الشفيع مالكا تحت شرط واقف، وهو الحكم له بطلبه<sup>(3)</sup>.

وواضح أن هذا الرد لا يكفي، لأن حكم الشفعة كسائر الأحكام كاشف عن الحق، وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة، والحكم لم يكن إلا كاشفاً عن وجوده. وكان يمكن لمحكمة النقض أن يكون ردها كافياً، لو أنها قالت إن تقييد حق المشتري في البناء والغراس، وفي التصرف في العقار، لا يكفي وحده لنفي ملكيته. فقد يكون الشخص مالكا للشيء ويورد القانون قيوداً على حريته في استعماله، وفي التصرف فيه<sup>(4)</sup>.

- أما الاعتراض الثاني الذي يثار حول حلول الشفيع محل المشتري. فتري محكمة النقض أن حلول الشفيع محل المشتري يبدأ من صدور الحكم لا من وقت إبرام البيع. وهذا القول معناه أن المشتري يبقى مالكا للعقار إلى وقت صدور الحكم. وهذا يعني أن الشفيع إذ يحل محل المشتري منذ صدور الحكم، يتلقى ملكية العقار من المشتري لا من البائع، لأن المشتري هو المالك وقت صدور الحكم. وهذا يتناقض مع المادة 945، وهي صريحة في أن الشفيع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع. فلو أن الشفيع تلقى الملكية من المشتري، كما ذهبت

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص733، 734، 735، 736.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص721.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص722.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص723.

محكمة النقض لكان الواجب أن يكون المشتري هو الذي يرجع عليه الشفيع بضمان الاستحقاق، فإذا رجع الشفيع بهذا الضمان على البائع، فإنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة .

تقول محكمة النقض إن الشفيع إذ يرجع بالضمان في حالة الاستحقاق، إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري الذي حل محله. غير أن هذا القول يحتاج إلى نظر، فإن كانت محكمة النقض تريد أن الشفيع في رجوعه على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشتري، وهو الدعوى غير المباشرة، يرفعها باسم البائع فهذا القول متناقض مع صريح النص الذي يقول "ليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع" فهو ينفي الرجوع على المشتري. ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفيع باسم المشتري، لما منع ذلك من أن الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على المشتري، إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع. بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفيع بالدعوى غير المباشرة، فإن القواعد العامة تكفل الرجوع دون حاجة إلى نص<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت محكمة النقض تقصد أن الشفيع إنما يستعمل حق المشتري الذي انتقل إليه، هو عندما حل محل المشتري منذ صدور الحكم بالشفعة. فالشفيع يرجع رجوعا مباشرا على البائع بضمان الاستحقاق، كما كان يرجع المشتري. فإن هذا القول لا ينع من أن الشفيع يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشتري بضمان الاستحقاق، مستمدا هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشتري لا من البائع. ففي هذا القول أيضا يكون للشفيع أن يرجع رجوعا مباشرا بضمان الاستحقاق، على أي من البائع أو المشتري، ولكن المشرع منع بنص صريح رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشتري، وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول في هذا المبحث : إن هناك اتجاهان في انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. فالفقه الإسلامي في معظم مذاهبه، وكثير من رجال القانون، يرون أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيه من وقت وقوع البيع. ورأت محكمة النقض، وبعض رجال القانون، أن الشفيع يملك العقار المشفوع فيع من وقت صدور حكم الشفعة. وبعد فحصي لأدلة الطرفين تبين لي أن الرأي الأول هو الراجح .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص724 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص725، 726 .

## المبحث الثاني علاقة الشفيع بالبائع

وتتناول هذا المبحث في مطلبين، الأول في علاقة الشفيع بالبائع في الفقه الإسلامي. والثاني في علاقة الشفيع بالبائع في القانون المدني .

### المطلب الأول: علاقة الشفيع بالبائع في الفقه الإسلامي .

إذا ثبت حق الشفيع في العقار المشفوع فيه بالتراضي أم بالتقاضي، فإن ذلك يعتبر بمنزلة الشراء الجديد . لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري، إذا تم الأخذ بعد قبض المشتري للعقار المبيع، وشراء من البائع، إذا تم الأخذ قبل قبض المشتري للعقار المبيع .

ولما كان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الجديد، فإن جميع الأحكام التي تسري على البيع كالتقال الملكية، ووجوب دفع المشتري الثمن، ووجوب تسليم البائع للمبيع، والرد بخيار الرؤية والعيب، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن تسري على الشفعة<sup>(1)</sup> .

وما أن الشفيع يملك العقار بمثل ما تملك به المشتري، فإن الذي يستوقفنا في علاقة البائع بالشفيع ثلاثة أحكام . الأول : الثمن الذي يجب على الشفيع أدائه للبائع، إذا لم يقبض هذا الأخير الثمن من المشتري . الثاني: هل إذا أجل البائع الثمن أو نجمه للمشتري، يستفيد الشفيع من هذا التأجيل وذلك التجيم . الثالث: هل إذا ظهر العقار المشفوع فيه مستحق للغير، يرجع الشفيع بالثمن على البائع . نوضح هذه الأحكام الثلاثة في ثلاثة فروع .

الفرع الأول : ما هو الثمن الذي يجب على الشفيع أدائه؟ الفرع الثاني : مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل . الفرع الثالث : عهدة الشفيع، أو ضمان الدرك، أو ضمان الاستحقاق .

### الفرع الأول : ما يجب على الشفيع أدائه .

إذا استحق الشفيع أخذ العقار المشفوع فيه، فما هو الثمن الذي يجب عليه أدائه؟ وهل إذا حصلت زيادة أو نقصان في الثمن يظهر ذلك في حق الشفيع؟ هذا ما سنتولى توضيحه في البندين الآتيين .

### البند الأول : الثمن الواجب دفعه .

بادئ ذي بدء نقرر أن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بالثمن الذي استقر عليه العقد . لما روي عن جابر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " فهو أحق بالثمن " . ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع، فكان

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص23. - الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، المرجع السابق، ج5، ص176 .

مستحقا له بالثمن كالمشتري. ولأن الشفيع يحل محل المشتري، فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذ المشتري. لأن العدول عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة، إما أن يأخذ الشفيع بما يرضى به المشتري وفي ذلك ضرر على الشفيع، لأنه قد لا يرضى إلا بأضعاف الثمن. وإما أن يأخذ الشقص بما يرضى به الشفيع وفي ذلك ضرر على المشتري، لأنه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن. وإما أن يأخذه بالقيمة<sup>(1)</sup> والقيمة قد تكون أقل فيتضرر المشتري، وقد تكون أكثر من الثمن فيتضرر الشفيع. وإذا بطلت هذه الأحوال الثلاثة ثبت أخذ الشفعة بالثمن الذي وجب به العقد<sup>(2)</sup>.

وإذا ثبت أن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بالثمن الذي وجب به العقد، أو بالعوض الذي ملك به، فإنه يلزمه أيضا دفع المؤن والتكاليف التي دفعها المشتري كأجرة السمسار والتوثيق وما إلى ذلك<sup>(3)</sup>، والذي جعل المؤن والمصاريف ضمن الثمن الذي يجب على الشفيع دفعه، أن الشفيع يمتلك العقار بمثل ما تملك به المشتري. والمشتري لم يتوصل لامتلاك العقار إلا بالثمن والمصاريف، فوجب على الشفيع دفع ما دفع المشتري. ولأن القواعد العامة تقضي أنه لا يثرى شخص على حساب غيره بدون وجه حق.

### البند الثاني : الزيادة أو النقصان في الثمن .

وإذا كان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد، فهل إذا تبايعا الطرفان ثم زادا، أو نقصا في الثمن يثبت ذلك في حق الشفيع ؟

للجواب على هذا السؤال نميز بين فرضين. فرض زيادة الثمن أو نقصانه زمن الخيار، وفرض زيادة الثمن أو نقصانه بعد انتهاء زمن الخيار .

الفرض الأول : إذا ما تبايعا الطرفان ثم غيرا في الثمن بالزيادة أو النقصان، في زمن الخيار ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع. لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد، والشفيع يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه. ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغيير يلحق بالعقد فيه، لأن العاقدين على اختيارهما فيه كما لو كان في حال العقد<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> قال بعض الفقهاء: بأن الشفيع يأخذ العقار بغير رضا مالكة، فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره. هذا تخريج غير صحيح، لأن المضطر استحق طعام غيره بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته، والشفيع استحق أخذ الشفعة بسبب البيع، وهذا لو انتقل العقار بجهة أو ميراث، لم يستحق الشفعة، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص505.

<sup>(2)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص15. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص476. - ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص505.

<sup>(3)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص197. - الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص165. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص477. - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص202.

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص506.

الفرض الثاني : وإذا انقضى زمن الخيار وانبرم العقد صحيحا، فقد اختلف الفقهاء في الزيادة والنقصان الذي يلحق الثمن، وأثر ذلك في حق الشفيع على مذهبين. المالكية والحنفية من جهة، والحنابلة والشافعية من جهة أخرى .

المذهب الأول: ذهب المالكية والحنفية إلى أن الشفيع ينتفع بالنقصان ولا يلزم بالزيادة، لأن الشفيع يأخذ بما وجب بالعقد . والزيادة ما وجبت بالعقد لانعدامها وقت العقد<sup>(1)</sup> . ولأنه لو جدد العقد بأكثر من الثمن الأول، كان بيعه صحيحا، ولكن الشفيع له الخيار في أخذ الشفعة بأي بيع شاء<sup>(2)</sup> . جاء في المدونة: "قلت أرأيت إن اشتريت شقفا من دار مشتركة، ثم أتاني البائع فقال: استرخصت فزدني في الثمن فزدته، ثم جاء الشفيع ليأخذ بالشفعة . فقال يأخذ بالثمن الأول، ولا يلتفت إلى الزيادة، لأن هذا حق قد وجب"<sup>(3)</sup> .

ومع اتفاق المالكية والحنفية على أن الشفيع ينتفع بالنقصان ولا يلزم بالزيادة، إلا أنهم فرقوا بين صورتين في حالة النقصان، صورة الحط من بعض الثمن، وصورة حط كل الثمن .

الصورة الأولى: صورة حط بعض الثمن . إذا حط البائع عن المشتري شيئا من الثمن، فإن الشفيع ينتفع بذلك الحط ولا يدفع إلا ما بقي من الثمن . لأن الحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد<sup>(4)</sup> . وقال المالكية: إذا اطلع المشتري على عيب في الشقص فحط عنه البائع شيئا من الثمن، أو جرت العادة بين الناس بحطية شيئا من الثمن عند البيع، أو لم تجر العادة وحط البائع عن المشتري شيئا من الثمن . ولكن الباقي أشبه أن يكون ثمنا للشقص . فإنه يحط بمقدار ذلك عن الشفيع<sup>(5)</sup> . أما إذا كان ما بقي بعد الحط لا يشبه أن يكون ثمنا لمثل ذلك الشقص، أو لم تجر العادة بحط مثل ذلك المقدار، فهي هبة فلا ينتفع الشفيع بذلك .

الصورة الثانية: صورة حط كل الثمن . وإذا حط البائع عن المشتري الثمن كله، سواء قبل قبض الثمن أو بعده لم يظهر ذلك في حق الشفيع . لأن الشفيع لا يملك بالجان . ولأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد . لأنه إذا التحق بأصل العقد، إما أن يصير العقد هبة ولاشفعة في الهبة، وإما أن يكون بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا، ولا شفعة في البيع الفاسد .

ولما كان الشفيع لا ينتفع بحط كل الثمن، فإنه يملك العقار المشفوع فيه بالثمن المتفق عليه، مثلا أو قيمة إن كان التنازل عن الثمن بعد أدائه إلى البائع، وقيمة العقار المبيع إن كان التنازل عنه بعد أدائه .

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص27. - عبد الغني الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص116 .

(2) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص108 .

(3) سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص411 .

(4) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص107. - الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص115. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص31 .

(5) محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص241. - الخرخشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص180. - حاشية اندسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص495 .

ووجه الفرق بين الحالتين : أن التنازل عن الثمن بعد أدائه أشبه بالهبة لانقطاع الصلة بالبيع، فيجب على الشفيع حينئذ أداء الثمن أو قيمته. ولكن إذا حصل التنازل عن الثمن قبل أدائه كانت صلته بعقد البيع أوثق. لأنه إسقاط لبعض آثاره وهو الثمن. وكان مقتضى ذلك أن ينقلب العقد تبرعا، فيسقط حق الشفيع في الشفعة. غير أن هذه النتيجة ليست مقررة، لئلا يكون لغير صاحب الحق سلطان عليه. غير أنه من العدل أيضا، إذا لم يسقط حق الشفيع في معاوضة تلاشت بين البائع والمشتري، فإنه يلزم بدفع قيمة العقار، لأنه لا يملك بالجان<sup>(1)</sup>.

المذهب الثاني : وذهب الحنابلة<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> إلى أنه إذا انقضى زمن الخيار وانبرم العقد صحيحا، ثم لحق بالثمن زيادة أو نقصان، لم يلحق ذلك بأصل العقد. لأن النقص حينئذ إبراء مبتدأ، والزيادة هبة يعتبر لها شروط الهبة. ولأن العقد يلزم بالفرق وانقضاء زمن الخيار. وعليه فلا يثبت شيء من ذلك في حق الشفيع، فلا يطالب بزيادة ولا ينفع بنقصان.

### تعقيب وترجيح :

يبدو لي أن الحنفية والمالكية بنوا رأيهم على فكرتين. الأولى فكرة الضرر، والثانية فكرة تحول العقد. ومن ثم قرروا أن الشفيع يستفيد من التنازل عن بعض الثمن، ولا يأخذ إلا بما بقي من الثمن، لأنه لا ضرر من وراء ذلك لأي طرف. وفي حالة الزيادة فإن الضرر واضح وقوعه على الشفيع، ومن ثم حكموا بعدم لزوم الشفيع بدفع الزيادة. أما إن كان هناك تنازل عن كل الثمن، فإن العقد يقع فيه تحول من عقد صحيح إلى عقد فاسد أو إلى هبة. وكان مقتضى ذلك أن يسقط حق الشفيع، لانعدام سبب الشفعة وهو البيع، ولكن تقرير هذه النتيجة قد يكون ذريعة لإسقاط حق الشفيع، ومن ثم ثبت حق الشفيع. غير أنه إقرار للعدل ألزم الشفيع بدفع مثل الثمن أو قيمته. وهذا كله مبني على فكرة الإلحاق بأصل العقد، وليس هناك دليل ينهض على الإلحاق بأصل العقد إذا ما تفرقت الأبدان، وانقضى زمن الخيار. وعليه فإن ما ذهب الشافعية والحنابلة هو الراجح في نظري. فالشفيع يأخذ بالثمن الذي وقع به البيع، وإذا ما زاد المشتري شيئا من الثمن، أو أنقص البائع شيئا منه، فهذا تصرف آخر خارج نطاق العقد لا يلحق الشفيع منه شيئا.

### الفرع الثاني : مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل .

إذا كان الثمن الذي تم العقد عليه مؤجلا أو منجما، فهل يستفيد الشفيع من هذا التأجيل وذاك التنجيم. اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة آراء .

<sup>(1)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص393، 394. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص31. - الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص116. - السرخسي، المسوط، المرجع السابق، ج14، ص108. - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص375.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص506.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص15، 78، 79. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص378. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص301. - الرملي، هناية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص205.

الرأي الأول : ذهب ابن حزم<sup>(1)</sup> الظاهري وزفر من الحنفية<sup>(2)</sup> إلى أن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه، بما تم به العقد قدرا وجنسا وصفة. فإن كان الثمن حالا أخذه الشفيع حالا، وإن كان الثمن منجما أخذه منجما. وإن كان الثمن مؤجلا أخذه مؤجلا. لقوله - صلى الله عليه وسلم - " فشريكه أحق به " ولأن الأجل صفة في الدين، وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته .

الرأي الثاني : وذهب الثوري<sup>(3)</sup> إلى أنه إذا كان الثمن مؤجلا، فإن الشفيع لا يأخذ إلا بالنقد حالا. ووجهه في ذلك أن العقار المشفوع فيه، قد دخل بعد البيع في ذمة المشتري، ولو جاز للشفيع الأخذ بالأجل لألزما المشتري قبول ذمة الشفيع، والذمم تتفاوت .

الرأي الثالث : وذهب أبو حنيفة<sup>(4)</sup> وأبو يوسف ومحمد، والشافعي<sup>(5)</sup> في الجديد إلى أنه إذا كان الثمن الذي تم العقد عليه مؤجلا أو منجما، خير الشفيع بين أخذ العقار في الحال بثمن حال، وبين أن ينتظر إلى حلول الأجل فيدفع الثمن ويأخذ العقار. ووجههم في ذلك أن الأجل لم يثبت وصفا للثمن، وإنما ثبت شرطا في العقد بين البائع والمشتري. ولا يثبت في حق الشفيع، كاشتراط المشتري خيار الشرط والعيب، لا يثبت في حق الشفيع. ولأن الشفعة ليست تحويلا للصفقة بصفقتها من المشتري إلى الشفيع، وإنما هي نقض للعقد الذي تم بين البائع والمشتري، وإبرام عقد آخر للشفيع. ولأن رضاء البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع، ولذلك حل دين الميت. لأن رضاء رب الدين بذمة الميت، لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه .

وإذا كان الشفيع مخيرا بين أخذ العقار حالا، أو انتظار الأجل، فإن هذا لا يعفيه من وجوب المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة، موثبة وتقريراً عند أبي حنيفة ومحمد. فلو ترك أحد الطرفين مع التمكن، سقط حقه. لأن حق الشفعة يترتب على وجود العقد، فلا بد أن يقرر تمسكه في الحال عند العلم، وإلا سقط حقه. غير أنه إذا ما اختار الشفيع إرجاء الثمن إلى أجله، فلا يطلب من المشتري تسليمه العقار في حينه، حتى ولو كان المشتري مستعدا لتسليمه إياه، ولكنه ينتظر حتى إذا ما حل الأجل طالب بالمبيع ودفع الثمن<sup>(6)</sup>. وروي عن أبي يوسف أن للشفيع الحق في أن ينتظر بالمطالبة ابتداء، لأن الطلب ما شرع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه، وذلك غير متأت لتأجيل الثمن، وعدم رغبة الشفيع في دفعه حالا. وعليه فلا يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة موثبة وتقريراً إلا عند حلول الأجل .

<sup>(1)</sup> ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج9، ص95. مسألة رقم 1600 .

<sup>(2)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص103. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص395 .

<sup>(3)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص507. - ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص259 .

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص27. - الغني، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص120. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص103 .

<sup>(5)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص37. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص379 .

<sup>(6)</sup> قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص396 .



الرأي الرابع : ذهب الحنابلة<sup>(1)</sup> والإباضية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> في القديم إلى أنه إذا كان الثمن مؤجلاً، تعجل الشفيع أخذ العقار، وكان الثمن إلى أجله إن كان مليئاً ثقة. فإن كان غير ثقة، أقام ضمينا مليئاً وأخذ به. قال الشافعي: " وهذا أشبه بصلاح الناس... لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته، ولأن في الحلول زيادة على التأجيل، فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر .

وقرب من هذا الرأي قول المالكية<sup>(4)</sup> مع تفصيل وتوضيح أكثر. فقالوا : القاعدة العامة إذا تساوى الشفيع والمشتري في الملاءة والثقة، يؤخذ الشفعة بثمن البيع في قدره وصفته. وعلى هذا من اشترى شقصاً بثمن مؤجل. أخذ الشفيع ذلك الشقص بمثل ذلك الثمن إلى ذلك الأجل. غير أنهم ميزوا بين نوعين من البيع، البيع المطلق، والبيع المؤمن عليه برهن أو ضمان.

فإن كان البيع مطلقاً فلا يخلو حال المشتري والشفيع من ثلاثة أحوال .

الحالة الأولى : إن كان المشتري أكثر غنى وثقة من الشفيع. فقد قال أشهب: من لم يكن في مثل ثقة المشتري وغناه، فليات بحميل في مثل ثقة المشتري وغناه. لأن ما يلزم من التساوي في الثمنين فيلزم كذلك من التساوي في الذمتين اللتان هما محلان لهما، لاسيما مع التأجيل. وقال ابن المواز: ليس عليه أن يأتي بحميل إذا كان مليئاً ثقة، وإن كان المشتري أكثر غنى منه. لأن التساوي إنما يجب فيما يتعلق به الحكم وهو الملاءة أو العدم، فيعتبر بذلك دون التفاضل. ولأن الذم لا تساوى ولا تأثير لها في الأخذ بالشفعة. وعليه لو كان الشفيع أتم غنى وثقة لم يؤثر ذلك في أخذه بالشفعة تقصاً من الثمن ولا الأجل، ولا إثباتاً لشفعة حيث لا تثبت لمن كان دونه. فإذا لم تؤثر زيادة حال الشفيع على حال المشتري، فكذلك تقصها لا يؤثر .

الحالة الثانية : إن كان المشتري مليئاً والشفيع عديماً. لم يسلم إليه الشفعة حتى يأتي بحميل ثقة أو رهن يفي بذلك الثمن إلى ذلك الأجل، أو يعجل الثمن .

الحالة الثالثة : إذا تساوى الشفيع والمشتري في العدم. قولان. فللشفيع الأخذ دون حميل ولا رهن لعله التساوي. وقيل لاشفعة حتى يأتي بحميل ثقة سواء كان المشتري عديماً أم يكن، لأن عهدة المشتري بالدين على الشفيع .

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص507، 508 .

<sup>(2)</sup> محمد بن يوسف أظفيش، شرح كتاب النبل، المرجع السابق، ج11، ص395.

وقال العاصمي: ويلزم الشفيع حال المشتري من جنس أو حلل أو تأخر  
وحيثما الشفيع ليس بالملي قيل: الكفالة أو الرهن اجعل .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الخاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص37. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص379 .

<sup>(4)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص208. - عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص196، 197. - الخرخشي، علي مختصر خليل، وحاشية العدوي عليه، المرجع السابق، ج6، ص165، 166. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص406 .

- أما إن كان البيع مؤمنا عليه برهن أو ضمان. كما لو اشترى المشتري العقار بثمن مؤجل مع رهن أو ضامن أو هما معا. فإن الشفيع يأخذ بمثل ثمنه مؤجلا مع رهنه وضامنه. فإن كان برهن وحميل فإنه لا يأخذ إلا بهما معا، فلو قدر على أحدهما دون الآخر فلا شفعة .

**تعقيب وترجيح :** يرى ابن حزم وزفر أن الأجل صفة في الثمن لها قيمتها ووزنها، وما دام الشفيع لا يملك إلا بمثل ما يملك به المشتري، فيجب إذن أن يملك الشفيع بالثمن مؤجلا إلى أجله كما يملكه المشتري. والحنفية والشافعية يرون أن الأجل ما كان إلا نتيجة لاشتراط في العقد، وما قبل البائع بهذا الشرط إلا لثقتة بالمشتري واطمئنانه إلى وفائه. فإذا تحولت الصفقة إلى غيره بطل الشرط، لأن البائع التزم للمشتري ولم يلتزم للشفيع، كما أنه قد لا يطمئن إلى ثقة الشفيع ووفائه. وقد راعى المالكية والحنابلة والإباضية مصلحة البائع والمشتري، فاشتروا التوثيق بالرهن أو الكفيل أو يسار الشفيع. أما الثوري فقد جانب الصواب حين ألزم الشفيع بأكثر مما التزم به المشتري .

ويدوي أن أساس الخلاف بين الفقهاء يرجع إلى المحافظة على حقوق كل من البائع والمشتري والشفيع. دون الإضرار بأحد منهم. ولهذا التزم ابن حزم بنص العقد، واعتبر الأجل وصفا للثمن، وأجاز للشفيع الاستفادة من هذا الأجل الممنوح للمشتري. وقرب منه مذهب المالكية والحنابلة والإباضية حيث أجازوا للشفيع الاستفادة من هذا الأجل، مع مراعاة مصلحة المشتري باشتراطهم يسار الشفيع أو التوثيق بالرهن أو الكفيل. أما الحنفية فقد اعتبروا الأجل شرطا ثبت بالعقد لمن شرطه لا ينتقل لغيره، ولا ينتفع به سواء إلا بإذنه. وقد أخذ القانون المدني الجزائري والمصري برأي الحنفية في المادة 804 جزائري 945 مصري. وإن كنت أرى أن رأي المالكية والحنابلة والإباضية والشافعية في مذهبه القديم أرجح وأبعد عن المنازعة والخصام.

## الفرع الثالث : عهدة الشفيع أو ضمان الاستحقاق .

إذا استحق العقار المشفوع فيه فمن الذي يتحمل العهدة وضمان الثمن؟ والمراد بالعهدة هو رجوع من انتقل الملك إليه وهو الشفيع على من انتقل الملك عنه وهو البائع أو المشتري، بالثمن عند الاستحقاق، أو التعويض عند ظهور عيب من العيوب<sup>(1)</sup>. اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : ذهب المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنابلة<sup>(4)</sup> إلى أن عهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع. أي أن الشفيع إذا أخذ العقار المشفوع فيه فظهر مستحقا، فرجوعه بالثمن إنما يكون على المشتري.

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24 .

<sup>(2)</sup> الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص218. - الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص178. - محمد عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص231، و236. - الخطاب، مواهب الخليل، المرجع السابق، ج5، ص329، 330. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص491، 493 .

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص43، 74، 75 .

<sup>(4)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص534، 535 .

ويرجع المشتري على البائع، وإن وجده معيبا فله رده على المشتري، أو أخذ التعويض منه، والمشتري يرجع على البائع أو يأخذ التعويض منه. بل إن الشفيع إذا دفع الثمن إلى البائع وتسلم العقار منه، فإن عهده تكون على المشتري. لأن دفع الشفيع للثمن هاهنا، إنما هو قضاء دين عن المشتري<sup>(1)</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي .

1 - إن الشفعة إنما تثبت للشفيع بعد الشراء وحصول الملك للمشتري، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع، فوجب أن تكون العهدة عليه .

2 - إن الشفيع إنما يأخذ العقار المشفوع فيه من المشتري على أنه ملكه، بدليل أنه لو ترك الشفيع أخذ الشفعة لبقي العقار في ملك المشتري. ولو حدث في العقار نماء لكان للمشتري، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري .

3 - وفي حالة الرد بالعيب فإن الشفيع يرجع على المشتري بالتعويض دون البائع. فلما كان الرجوع في الرد بالعيب مستحقا على المشتري دون البائع، وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة على المشتري دون البائع، لأنه أحد نوعي ما يوجب الرجوع بالثمن .

المذهب الثاني<sup>(2)</sup>: وذهب ابن أبي ليلى وعثمان البتي إلى أن عهدة الشفيع على البائع دائما، سواء تسلم العقار من البائع أو من المشتري. واستدلوا على ذلك بما يأتي .

1 - إن حق الشفيع في الشفعة ثبت بإيجاب البائع، فكان رجوعه عليه كالمشتري .

2 - البائع أصل والمشتري فرع، فكان الرجوع إلى البائع أولى من الرجوع إلى المشتري، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل. وهذا كلام مردود عليه، لأن المشتري وإن كان فرعاً بالنسبة للبائع، فهو أصل بالنسبة للشفيع .

المذهب الثالث: ذهب أبو حنيفة<sup>(3)</sup> إلى أن الشفيع إذا قبض العقار من المشتري فعهده عليه، وإن أخذه من البائع فعهده على البائع، وعن أبي يوسف روايتان .

الأولى: أن عهدة الشفيع على المشتري دائما. لأن حق الشفعة ثبت بالشراء فكان من حقوقه، وما كان من حقوق الشيء لا يكون ناسخا له، وكيف يمكن أن ينسخه ويطله، وإبطال الشراء إبطال لحق الشفعة. وإذا بقي الشراء على ذلك كان الشفيع ممتلكا على المشتري فتكون عهده عليه. وهذا القول يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. الثانية: أن العبرة بنقد الثمن، فإن كان المشتري أدى الثمن إلى البائع، فالشفيع يدفع الثمن إلى

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24 .

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص534. - الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص73. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص101. - الباجي، المنتقى، المرجع السابق، ج6، ص218 .

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص24، 30. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص176. - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص101، 103. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص401. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص33. - الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص119 .

المشتري وعهده عليه. لأن البائع لا يأخذ الثمن مرتين، وإن لم يكن المشتري قد دفع الثمن إلى البائع، فالشفيع يدفع الثمن إليه، وتكون عهده عليه، ويسقط حق البائع في الثمن تجاه المشتري.

وقد استدل أبو حنيفة على ما ذهب إليه بدليلين. الأول: إن الشفيع إذا تسلم العقار من البائع، تعذر التسلم من المشتري، فينفسخ البيع بين البائع والمشتري. فكان الشفيع آخذاً من البائع مالكا من جهته، فتكون العهدة عليه. الثاني: إن الشفيع لما أخذ بالشفعة، زال ملك المشتري عن المبيع، ولما زال ملكه استحق فسخ عقده فيه. لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك، ولما زال ملكه عن المبيع بفسخ عقده، كانت العهدة عليه.

- ويبدو لي أن رأي أبي حنيفة هو الراجح، فالعهدة تكون على من تسلم منه الشفيع العقار. فلو فرضنا أن البائع سلم العقار للمشتري، والمشتري سلمه بعد ذلك للشفيع، فقد يرتب المشتري على العقار حقوقاً أو يحدث به عيباً أو عطباً، في الفترة التي كان فيها بين يديه، فالأولى إذن أن تكون العهدة عليه ليتحمل تبعه تصرفاته. ولو كانت العهدة على البائع، فقد ينجو من تحمل تبعه تصرفاته. وإذا تسلم الشفيع العقار من البائع فلو رتب عليه حقوقاً أو أحدث به عيباً أو عطباً، فإنه يتحمل تبعه تصرفاته، أمام الشفيع حين التسليم. ولو كانت العهدة على المشتري، فقد ينجو البائع من تحمل تبعه تصرفاته.

## المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالبائع في القانون المدني .

مضى ثبت للشفيع حقه في الشفعة، بالتراضي أو بالقاضي، فقد تحول البيع من أن يكون بين البائع والمشتري. إلا أن يكون بين البائع والشفيع. ويعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع. ويرتب على هذا أن العلاقة ما بين الشفيع والبائع يحددها عقد البيع، وقد أصبح فيه الشفيع مشترياً، ويحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، وهذا ما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني والتي جاء فيها " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته".

وبناء عليه فإن الشفيع يلتزم تجاه البائع بجميع التزامات المشتري، كما يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع. والتزامات البائع هي: نقل ملكية المبيع، وتسليم المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية وفوات الوصف. أما التزامات الشفيع فهي: دفع الثمن، وتسليم المبيع.

ولتوضيح هذه الالتزامات المتبادلة، نعقد فرعين اثنين. أحدهما: لالتزامات البائع. والثاني: لالتزامات الشفيع

## الفرع الأول : التزامات البائع نحو الشفيع .

والالتزامات البائع هي نقل الملكية، وتسليم المبيع، وضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية وفوات الوصف. ونوضح هذه الالتزامات الأربعة في أربعة بنود .

## البند الأول : التزام البائع بنقل حق ملكية المبيع إلى الشفيع .

أول التزام يترتب في ذمة البائع، هو نقل حق ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . ولما كانت ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، فإن الشفيع يسجل الحكم الصادر بالشفعة، فننتقل إليه الملكية رأساً من البائع، هذا إذا تمت الشفعة بالتراضي . أما إذا تمت بالتراضي، فإن كان عقد البيع الصادر إلى المشتري قد تم تسجيله، فإنه يكفي في هذه الحالة أن يوقع المشتري إقراراً بتسليمه الشفعة للشفيع، ثم يقدم هذا الإقرار إلى مكتب الشهر المختص بالمحافظة العقارية لتسجيله، أو التأشير بضمونه على هامش تسجيل عقد البيع . أما إذا كان عقد البيع الصادر إلى المشتري لم يسجل، فإن الإقرار بتسليم الشفعة للشفيع يجب أن يكون موقفاً من البائع والمشتري والشفيع، أو يحرر عقد بيع من البائع إلى الشفيع ويوقعها معهما المشتري إثباتاً لتسليمه بالشفعة . لأن البيع الأول الصادر من البائع إلى المشتري ما دام لم يسجل، فهو في النظر القانوني غير موجود<sup>(1)</sup> .

فإذا سجل الشفيع حكم الشفعة أو الإقرار بها من المشتري، فإن الملكية تنتقل إلى الغير من وقت التسجيل . أما فيما بين الشفيع والبائع والمشتري فقد اختلفت الآراء في ذلك . فرأي يرى أنها لا تنتقل إلا من وقت التسجيل . ورأي يرى أنها تنتقل من وقت البيع لامن وقت التسجيل<sup>(2)</sup> . وليس هذا مجال بيان هذه الآراء .

## البند الثاني : التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع .

يتفرع على التزام البائع بنقل الملكية، التزامه بتسليم العقار إلى المشتري . لأن المادة 167 من القانون المدني الجزائري تنص على أن " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه... " فإذا كان العقار لا يزال في يد البائع لم يسلمه بعد إلى المشتري، فيلتزم في هذه الحالة بتسليمه إلى الشفيع، لأنه أصبح هو المشتري بعد أن أخذ العقار بالشفعة .

ويلتزم البائع بتسليم العقار إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، كما هو واضح من المادة 364 من القانون المدني الجزائري . ويكون التسليم بوضع العقار المشفوع فيه تحت تصرف الشفيع، بحيث يتمكن من حيازته والاتقاع به دون عائق، ولو لم يسلمه تسليماً مادياً، مادام البائع قد أخبره بذلك، كما هو واضح من المادة 367 مدني جزائري . ويتم التسليم فوراً بمجرد ثبوت حق الشفيع في الشفعة، إلا إذا حدد ميعاد معين في عقد البيع يتم فيه التسليم، أو كان هناك عرف يقتضي بتسليم المبيع في ميعاد معين، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت لتسليمه . ويتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العقار المشفوع فيه، فعلى الشفيع أن يسعى إلى هذا المكان لتسلم العقار<sup>(3)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص740 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص741 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص743 .

- ولكن إذا قدر الله وهلك العقار أو تلف بقوة قاهرة، أو حادث فجائي، فعلى من تكون تبعة الهلاك، فهل هي على الشفيع، أم على البائع؟ للإجابة على هذا السؤال نميز بين حالتين. حالة هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم، وحالة هلاك العقار أو تلفه بعد التسليم.

### الحالة الأولى : هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم .

إذا هلك العقار أو تلف بسبب لايد للبائع فيه، كهوة قاهرة أو حادث فجائي، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع لا على الشفيع. حتى ولو كان الشفيع قد سجل حكم الشفعة أو إقرار المشتري بها، فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه<sup>(1)</sup>. وقد جاء في هذا نص صريح وهو المادة 369 من القانون المدني، والتي تقول: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لايد للبائع فيه سقط البيع، واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع". وقد يبدو في هذا انحراف عن القاعدة التي تنص بأن الهلاك يكون على المالك، ولكن يبرر هذا الانحراف أن الإلتزام بالتسليم هو متفرع عن الإلتزام بنقل الملكية، ليس في حقيقته إلا التزاما مكملًا للإلتزام بنقل الملكية. فلا تخلص الملكية فعلا إلا بالتسليم، لأن البائع مدين بنقل الملكية وبالتسليم معا<sup>(2)</sup>.

وبناء عليه فإذا لم يتم التسليم فإن الإلتزام بنقل الملكية يكون ناقص التنفيذ، بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى الشفيع بالتسجيل. فإذا هلك العقار المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي، فإن التزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق غاية يصبح مستحيل التنفيذ، وينسخ العقد بحكم القانون<sup>(3)</sup>. طبقا للقواعد العامة التي قررتها المادة 121 من القانون المدني، والتي تقول: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينسخ العقد بحكم القانون". والمادة 369 السالفة الذكر ما هي إلا تطبيق لنظرية انقضاء العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الإلتزام.

### الحالة الثانية : هلاك العقار أو تلفه بعد التسليم .

أما إذا تسلّم الشفيع العقار المشفوع فيه، فإن تبعة الهلاك تكون عليه. حتى ولو لم يسجل حكم الشفعة، أو إقرار المشتري بها، فلم تنتقل الملكية إليه. لأن تبعة الهلاك تنتقل مع انتقال الحيازة، لا مع انتقال الملكية. فالعبارة هي بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية، فمضى انتقال الحيازة إلى الشفيع بالتسليم كان الهلاك عليه، ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل. أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم كان الهلاك على البائع، ولو انتقلت الملكية إلى الشفيع بالتسجيل<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص743.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص609.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص611.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص612، 613.

ومعنى أن تبعة الهلاك تكون على البائع قبل التسليم، وعلى الشفيع بعد التسليم. أن العقار إذا هلك وهو لا يزال بعد في يد البائع لم يسلمه إلى الشفيع، فإن كان قد قبض الثمن وجب عليه أن يرده للشفيع، وإن كان لم يقبضه لم يجز له مطالبة الشفيع به. وأن الشفيع إذا تسلم العقار ثم هلك في يده، جاز للبائع أن يقبض الثمن، إذا لم يكن قد قبضه قبل هلاك العقار، فإن كان قد قبضه، فلا يجوز للشفيع أن يطالبه برده<sup>(1)</sup>.

أما إذا أعذر البائع الشفيع بتسلم العقار، فمن وقت الإعذار يعتبر العقار في حكم المسلم للشفيع. فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي، فإن هلاكه يكون على الشفيع لا على البائع، وهذا ما صرحت به العبارة الأخيرة من المادة 369 والتي تقول: "إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم البيع".

وتبعة الهلاك الجزئي كتبعة الهلاك الكلي، فإذا هلك العقار جزئياً أو حدث نقص في قيمته، بسبب تلف أصابه، فإن التبعة تكون على البائع قبل التسليم، وعلى الشفيع بعد التسليم. وهذا ما نصت عليه المادة 370 من القانون المدني والتي تقول: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري - الشفيع وقد حل محله - إما أن يطلب فسخ البيع، إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

وينبغي على هذا أن الشفيع في حال الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قبل تسلم العقار، يكون بالخيار بين فسخ العقد، أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من العقار أو نقص من قيمته. أما إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الجسامة قدراً، بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما أتم البيع، لم يكن للشفيع حق الفسخ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط<sup>(2)</sup>.

### البند الثالث : التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق .

يلتزم البائع للشفيع، وقد حل محل المشتري بضمان التعرض والاستحقاق. وهذا ما نصت عليه المادة 804 والتي جاء فيها "... ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة". وأحكام التعرض والاستحقاق الواردة في البيع، والتي أشارت إليها المادة 371 من القانون المدني، تسري في هذا المقام. فيرجع الشفيع على البائع بضمان التعرض الصادر من البائع نفسه، أو الصادر من الغير، ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق. وهذا لا يعني أن البائع ملتزم بالتزامين، التزام بضمان التعرض، والتزام بضمان الاستحقاق، بل هو التزام واحد. وهو ضمان التعرض، فإما أن ينفذه عيناً، أو ينفذه بطريق التعويض<sup>(3)</sup>. وإليك بيان هذه النقاط الأربعة

(1) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص744 .

(2) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص745 .

(3) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص660 .

## أولاً : التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه .

أما فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه، فيتحقق هذا الضمان إذا صدر من البائع ما من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً، دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي، أو مبنياً على سبب قانوني .

أ - والتعرض المبني على سبب مادي إما أن يقوم على أعمال مادية محضة، أو على تصرفات قانونية<sup>(1)</sup> . فالتعرض الذي يقوم على أعمال مادية، مثل أن يبيع شخص مصنعا يعتمد في توليد الكهرباء، على مسقط ماء بقي في ملك البائع، ثم أخذ هذا المصنع بالشفعة . فلا يجوز للمالك أن يغير مسقط الماء، بحيث يمتنع توليد الكهرباء أو يقل، فإن فعل فإنه يكون ملزماً بضمان التعرض المبني على عمل مادي صادر منه<sup>(2)</sup> . أما التعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية مثل أن يرهن البائع العقار بعد بيعه، ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، فيسري الرهن في حق الشفيع . فهنا يقع تعرض من جانب الدائن المرتهن وهو تعرض صادر من الغير، ولكنه في الوقت ذاته هو تعرض صادر من البائع نفسه، لأن الدائن المرتهن في تعرضه قد استمد حقه من البائع . وتعرض البائع في هذه الحالة، يقوم على تصرف قانوني لاعلى عمل مادي<sup>(3)</sup> .

ب - أما التعرض المبني على سبب قانوني، ويتحقق إذا ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع، سواء كان الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً به<sup>(4)</sup> . ومثال الحق السابق على البيع، أن يبيع البائع عقاراً، ثم يؤخذ العقار بالشفعة . وقبل أن يسجل الشفيع الحكم الصادر بثبوت الشفعة، أي قبل أن تنتقل إليه الملكية من البائع، يرفع البائع على الشفيع دعوى استحقاق، باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار . فهذه الدعوى يرفعها الشفيع بضمان التعرض الصادر من البائع، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان، أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمعان<sup>(5)</sup> .

ومثال الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقاراً غير مملوك له، فيأخذه آخر بالشفعة . ثم يصبح البائع مالكا للعقار بسبب من أسباب الملك، كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي، فيحتج على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ويريد أن ينتزع العين منه بموجبه، فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه، هو سبب قانوني لاحق للبيع . وقد لجأ القانون في المادة 2/398 في هذه الحالة إلى طريق أقصر، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع، وهو بيع ملك الغير تنتقل إلى الشفيع بعد أن حل محل المشتري، إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع<sup>(6)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 4، ص 626 . - وج 9، ص 746 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 4، ص 627 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 746 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 4، ص 628 . - وج 9، ص 747 .

<sup>(5)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 4، ص 629 .

<sup>(6)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 4، ص 629 . - وج 9، ص 747 .



- والتزام البائع بعدم التعرض للشفيع هو التزام دائم. فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للشفيع في أي وقت بعد البيع، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة، وهي مدة التقادم. فإذا أحل البائع بالتزامه، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض، التزام جزائي بالتعويض. هذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم، فإذا لم يطالب به الشفيع في خلال خمس عشرة سنة، من وقت وقوع التعرض فعلا، سقط بالتقادم.

- وإذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من البائع، إما بزيادة الضمان أو بإتقاصه أو بإسقاطه، فإنه يسري على الشفيع أيضا لحلوله محل المشتري، بالزيادة أو النقص. أما الاتفاق على إسقاط الضمان، فإنه غير جائز وهذا صريح المادة 1/378 والتي تقول: "يبقى البائع مسؤولا عن كل نزاع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك". فلا يجوز للبائع أن يشترط عدم مسؤولية عن فعله، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسؤوليته عن غشه أو عن تقصيره<sup>(1)</sup>.

### ثانيا : التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير .

أما فيما يتعلق بضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، فإن الذي يضمنه البائع هو التعرض المبني على سبب قانوني. أما التعرض المبني على سبب مادي، فإن البائع لا يضمنه، وللشفيع أن يدفع هذا التعرض بالوسائل المتاحة قانونا. فإذا لم يدع الغير حقا متعلقا بالبيع، وانتزع العقار المشفوع فيه من الشفيع عنوة، فلا يكون البائع مسؤولا عن هذا العمل. وللشفيع أن يلجأ إلى الحماية العامة التي أعطاها إياه القانون، كرفع دعوى التعرض، واسترداد الحيازة، أو الشكوى إلى الجهات الإدارية العامة، لمنع الاغتصاب وغيرها<sup>(2)</sup>.

أما إذا ادعى الغير حقا متعلقا بالعقار المشفوع فيه، فهذا هو التعرض المبني على سبب قانوني، والذي يلتزم البائع بضمانه. ويشترط أن يكون هذا الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع، أو لاحقا للبيع، ولكنه مستمد من البائع. وهذا ما صرحت به المادة 371 من القانون المدني.

ومثال الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير فأخذ الشفيع بالشفعة، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم. فهنا يدعي الحائز حقا على العقار سابقا على البيع، فيكون البائع ضامنا للشفيع هذا التعرض<sup>(3)</sup>. ومثال الحق اللاحق للبيع وهو مستمد من البائع. أن يكون البائع باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة، وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة. فهنا يدعي الدائن المرتهن حقا على العقار لاحقا للبيع، ولكنه مستمد من البائع، فيكون البائع ضامنا هذا التعرض للشفيع<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص639، 640. - ج9، ص748.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص645.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص650. - ج9، ص749.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص651.

### ثالثا : التزام البائع بتنفيذ التزامه عينيا .

ومتى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على النحو المتقدم، فإن البائع يجب عليه أن يبدأ بتنفيذ التزامه تنفيذًا عينيا، بأن يجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه، وينزل عن ادعائه، ويدفع البائع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها .

ومن خلال نصوص المادتين 372، 373 من القانون المدني، يتبين لنا أن هناك ثلاث حالات لتدخل البائع وهي: حالة تدخل البائع في دعوى الاستحقاق . وحالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق، مع دعوة الشفيع إياه أن يتدخل . وحالة عدم تدخله والشفيع لم يدعه للتدخل<sup>(1)</sup> .

الحالة الأولى : إذا تدخل البائع ضامنا في دعوى الاستحقاق، أو أدخل فيها من جهة الشفيع أو الغير المتعرض . جاز للشفيع أن يبقى في الدعوى فينضم إليه البائع، كما يجوز له أن يخرج منها فيحل البائع محله فيها . وفي الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعائه، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء، وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذًا عينيا<sup>(2)</sup> .

الحالة الثانية: وإذا لم يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق، ولم يدخله أحد الخصوم، فبقى خارجا عن الخصومة، ولكن الشفيع قد أعلمه في الوقت ودعاه إلى التدخل ولم يفعل . فهنا لا تخلو الحال من احتمالات ثلاثة .

1- فإذا أن يتولى الشفيع وحده دفع دعوى المتعرض فينجح في دفعها، ويقضي برفض طلبات المتعرض، وهنا يكون التزام البائع بالضمان قد انتهى .

2- وإما أن يقر الشفيع للمتعرض بما يدعيه، أو يتصالح معه على هذا الحق الذي يدعيه، ويؤدى له مالا يكف عن تعرضه . ففي هذه الحالة فإن البائع يجوز له أن يتخلص من التزامه بالضمان، بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه وجميع المصاريف، المادة 374 مدني . فإذا لم يختَر هذا الطريق وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه، وأثبت ذلك بأدلة قاطعة، وأن الشفيع قد تسرع في هذا الإقرار أو المصالحة، أو يثبت البائع أن الشفيع لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته . فعند ذلك يكون قد انتهى البائع من التزامه بضمان التعرض، بل له أن يرجع هو على الشفيع بالتعويض إذا كان هناك مقتضى<sup>(3)</sup> .

3- وإذا لم يقر الشفيع للمتعرض بما يدعيه، ولم يتصالح معه، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي . فقد بذل الشفيع كل ما في وسعه، وأخطر البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يسلم بحق المتعرض بل دفع دعواه بما يملك من وسائل، فيكون من حقه بعد ذلك، وقد استحق المبيع استحقاقا كلياً أو

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص663 . - وج9، ص749 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص667 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص668 .

جزئيا بحكم نهائي، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق. ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات، إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الاستحقاق، كان نتيجة لتدليس من الشفيع، أو الخطأ الجسيم منه<sup>(1)</sup>.

الحالة الثالثة: وإذا لم يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق، دون أن يكون الشفيع قد أعلمه في الوقت المناسب. فإن أقر الشفيع بحق المتعرض، أو تصالح معه، أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي، وأراد الشفيع الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق. وجب مراعاة أن الشفيع قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق، في الوقت الملائم، ولذا فيكفي البائع أن يثبت أن تدخله في الدعوى لو ممكنه الشفيع في الوقت الملائم، لأدى تدخله إلى رفض دعوى الاستحقاق<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: التزام البائع بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض.

وإذا عجز البائع عن التنفيذ العيني، بأن فاز الغير بإثبات ما يدعيه، وقضى له بالحق المدعى به، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض، فيعوض الشفيع عما أصابه من الضرر بسبب استحقاق المشفوع فيه، وهذا هو ضمان الاستحقاق. وإذا وجب للشفيع على البائع ضمان الاستحقاق فلا يخلو الحال من أحد فروض ثلاثة:

الفرض الأول: وهو أن يكون الاستحقاق كلياً. فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً، يشمل قيمة المبيع وقت الاستحقاق، وقيمة الثمار والمصروفات النافعة والكمالية، ومصاريف دعوى الضمان، ودعوى الاستحقاق، وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب، بسبب استحقاق المبيع<sup>(3)</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 375 من القانون المدني الجزائري.

الفرض الثاني: وهو أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً. وهنا يجب أن نميز بين حالتين كما هو واضح من المادة 376 من القانون المدني. الحالة الأولى: إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي، قد بلغت من الجسامة قدراً لو علمه وقت البيع لما أتمه. كان الشفيع مخيراً بين رد ما بقي من العقار المشفوع فيه بما أفاده منه إلى البائع، ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي. أو استبقاء العقار المشفوع فيه، مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة، بسبب الاستحقاق الجزئي<sup>(4)</sup>. الحالة الثانية: وهي ما إذا كانت خسارة الشفيع بسبب الاستحقاق الجزئي، ليست جسيمة بالقدر الذي لو علمه الشفيع لما أخذ بالشفعة. لم يكن أمامه في هذه الحالة، إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، بسبب الاستحقاق الجزئي<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص670.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص671.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص677، 684.

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص688.

<sup>(5)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص689.

الفرض الثالث : وهو أن يتوقى الشفيع استحقاق العقار المشفوع فيه كلياً أو جزئياً . وذلك بأن يتفق مع المتعرض على دفع مبلغ من التقود، أو أداء شيء آخر، في مقابل نزول المتعرض عن ادعائه، أو ترك المبيع في يد الشفيع سليماً من أي استحقاق . فإذا حصل هذا فقد أثبت القانون للبائع نوعاً من الاسترداد، يستطيع بموجبه أن يكفي نفسه نتائج الضمان ومؤنة التعويضات، التي سبق بيانها في الاستحقاق الكلي أو الجزئي، فيرد للمشتري ما آداه للمتعرض، وجميع مصاريف الخصام، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق<sup>(1)</sup> . وهذا ما بينته المادة 374 من القانون المدني .

- وإذا كان هناك اتفاق بين البائع والمشتري على تعديل أحكام التعرض الصادر من الغير، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه، فإن هذا الاتفاق يسري على الشفيع أيضاً، لأنه حل محل المشتري . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً . إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي، يعلم أنه موجود وقت البيع، وعلى هذا يقع هذا الشرط باطلاً أيضاً بالنسبة للشفيع . فلو فرضنا مثلاً أن البائع يعلم أن المبيع عليه حق ارتفاق خفي لعقار مجاور، وكنه عمداً عن المشتري . ثم اشترط إسقاط الضمان، فإن أخذ هذا العقار بالشفعة، ثم علم الشفيع بعد ذلك أن المبيع عليه حق ارتفاق لم يعلمه المشتري، عندما قبل شرط إسقاط الضمان، فإن البائع يضمن للشفيع أو للمشتري إذا لم يحل محله الشفيع، الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق، رغم اشتراطه إسقاط الضمان<sup>(2)</sup> . وهذا ما نصت عليه المادة 3/377 من القانون المدني .

وكذلك إذا اتفق على إسقاط الضمان دون أن يعتمد البائع إخفاء حق الأجنبي، كان مع ذلك مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق، بالرغم من اشتراطه إسقاط الضمان . أما إذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته، فإن الضمان يسقط ولا شيء للمشتري عند البائع . وتسري هذه الأحكام أيضاً على الشفيع وقد حل محل المشتري . ويعتد في العلم بسبب الاستحقاق وفي الشراء مع سقوط الخيار بالمشتري لا بالشفيع<sup>(3)</sup> . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 378 من القانون المدني .

## البند الرابع : التزام البائع بضمان العيوب الخفية .

ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان العيوب الخفية في العقار المشفوع فيه . ويتبين لنا من خلال المادة 379 من القانون المدني الجزائري، أن العيب في العقار المشفوع فيه حتى يوجب الضمان، يجب أن تتوفر فيه شروط أربعة . أولاً: يجب أن يكون العيب مؤثراً، فإن لم يكن مؤثراً فلا ضمان . أي أنه يجب أن يكون العيب في مادة الشيء المبيع،<sup>(4)</sup> بحيث " ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور في العقد أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله " .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص691 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص707 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص708 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص751 . - وج4، ص717 وما بعدها .

ثانياً: يجب أن يكون العيب قديماً . أي موجوداً في العقار قبل تسليمه للمشتري أو للشفيع، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع، ولكنه حدث بعد البيع وقبل التسليم<sup>(1)</sup> .

ثالثاً: أن يكون خفياً . فإذا كان ظاهراً وقت أن تسلم المشتري العقار أو الشفيع، ورضي به هذا أو ذاك، لم يضمنه البائع . وكذلك لا يضمن البائع إذا أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه، لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي<sup>(2)</sup> . غير أنه يجب الضمان على البائع، إذا أثبت الشفيع أن البائع قد أكد للمشتري خلو العقار من العيب المعين الذي وجد به بعد ذلك بالعقار المشفوع، أو أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه<sup>(3)</sup> .

رابعاً: أن يكون غير معلوم للمشتري وقت أن تسلم العقار . فإذا كان الشفيع هو الذي تسلمه مباشرة من البائع، وجب أن يكون العيب غير معلوم له .

- فإذا وجد بالعقار عيب توافرت فيه الشروط السالفة الذكر، وجب على الشفيع المبادرة إلى إخبار البائع، فإذا ما أخبره كان له أن يرجع عليه بالضمان . كما هو واضح من المادتين 380، 381 من القانون المدني غير أنه يجب أن تميز بين حالتين . حالة ما إذا كان العيب، جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء، وهنا يكون الشفيع مخيراً بين رد العقار المشفوع فيه وما أفاده منه إلى البائع، والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي، وبين استبقاء العقار مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا العيب . وحالة ما لم يبلغ العيب حد الجسامة، وهنا لا يكون للشفيع إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب<sup>(4)</sup> .

- وتسقط بالتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية، إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع إلى المشتري . فإذا لم يسلم إلى المشتري، فمن وقت تسليمه مباشرة إلى الشفيع، وهذا ما نصت عليه المادة 383 من القانون المدني الجزائري . ويقع باطلاً كل اتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، بالزيادة أو بالإنقاص أو بالإسقاط . وهذا ما صرحت به المادة 384 من القانون المدني .

## الفرع الثاني : التزامات الشفيع نحو البائع .

ويلتزم الشفيع اتجاه البائع بالتزامين اثنين . أحدهما دفع الثمن، والثاني تسلم العقار المشفوع فيه . ونوضح ذلك في بندين اثنين .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص722 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص724 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص726 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج4، ص740 . - وج9، ص752 .

## البند الأول : التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع .

إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة فقد أصبح ملزما بدفع الثمن للبائع، إذا كان هذا الأخير لم يقبض الثمن من المشتري . أو دفع الثمن للمشتري، إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن للبائع .

وإذا كان الشفيع قد أخذ الشفعة بالتقاضي، فما على البائع إلا أن يتوجه إلى الموثق لسحب الثمن الذي يكون الشفيع قد أودعه بين يدي الموثق، كما سبق بيانه في الفصل الثالث . أما إذا أخذ الشفيع الشفعة بالتراضي، فإن الشفيع يكون ملزما بدفع كل الثمن المتفق عليه<sup>(1)</sup> .

وإذا كان الثمن مؤجلا فإن الشفيع لا ينتفع بالأجل المضروب للمشتري، إلا برضاء البائع، وهذا ما صرح به المادة 804 من القانون المدني . والسبب في هذا واضح فإن الاعتبارات التي قد يراعيها البائع في المشتري، قد لا تعدى إلى شخص الشفيع، ومع هذا فقد يرضى البائع بتأجيل الثمن للشفيع لاعتبارات متعلقة بالشفيع . ورضاء البائع بتأجيل الثمن إنما يأتي بعد أخذ الشفعة، أما في أثناء الإجراءات فإن الذي يجب على الشفيع هو إيداع كل الثمن بين يدي الموثق . فإذا ما ثبت حق الشفيع بالشفعة ورضى البائع بتأجيل الثمن أو تقسيطه، سحب الشفيع الثمن من بين يدي الموثق، وسدد للبائع ما اتفق عليه معه .

أما إذا أخذت الشفعة بالتراضي فإن الثمن يكون مؤجلا أو مقسطا، تبعا لما يتم الاتفاق عليه بين الشفيع والبائع<sup>(2)</sup> .

وإذا كان العقار لا يزال في يد البائع، فإن الشفيع يملك الثمار من وقت تمام البيع، وعليه أن يرد للبائع من ذلك الوقت أيضا التكاليف المختلفة، كالضرائب، ونفقات حفظ العقار وصيائه، ونفقات الاستغلال، ومصروفات تحصيل الثمار وغيرها<sup>(3)</sup> . كما هو واضح من المادة 389 من القانون المدني .

## البند الثاني : التزام الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه .

ويلتزم الشفيع بتسليم العقار المشفوع فيه، ويتسلمه من البائع، إذا كان لا يزال في يده، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا الأخير قد تسلمه . كل هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد مكان وزمان التسليم، كما هو واضح من المادة 394 من القانون المدني .

والتسليم في أغلب صورته هو العملية المتممة للتسليم، وعليه فإن نفقات التسليم تكون على البائع، ونفقات التسليم تكون على الشفيع، وقد حل محل المشتري وسد مسده<sup>(4)</sup> . كما هو واضح من المادة 395 من القانون المدني الجزائري .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 753 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 754، 755 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 757 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 758 .

# المبحث الثالث

## علاقة الشفيع بالمشتري

إذا تم البيع، وتسلم المشتري العقار، ثم أخذ هذا العقار بالشفعة، فإن حقوقاً تنشأ للمشتري تجاه الشفيع، كما تنشأ حقوقاً للشفيع تجاه المشتري. وتوضيح هذه الحقوق المتبادلة بين الطرفين في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني، نعقد مطلبين اثنين .

- المطلب الأول : علاقة الشفيع بالمشتري في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالمشتري في القانون المدني .

## المطلب الأول: علاقة الشفيع بالمشتري في الفقه الإسلامي

قبل أن يحكم للشفيع بالشفعة، قد يطرأ على العقار المشفوع فيه زيادة أو نقصان. والزيادة قد تكون طبيعية. كما لو كان شجرا فأثمر. أو زيادة غير طبيعية، كما لو بنى فيه المشتري بناء أو غرس شجرا. والنقصان كهدم البناء أو احتراقه، فما أثر هذه الزيادة وذاك النقصان؟ ومن الذي يستفيد من الغنم في حالة الزيادة؟ ومن الذي يتحمل الغرم في حالة النقصان؟ هل هو الشفيع أم المشتري؟ نوضح هذه المسألة في فرعين اثنين. الأول: في زيادة المشفوع فيه ونماؤه. الثاني: في هلاك المشفوع فيه ونقصانه.

### الفرع الأول: زيادة المشفوع فيه ونماؤه.

إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه، ثم حدثت فيه زيادة أو نمو، فمن الأحق بهذه الزيادة، هل هو الشفيع أم المشتري؟ للجواب على هذا السؤال نميز بين حالتين. حالة حدوث هذه الزيادة طبيعيا، وحالة حدوثها بفعل المشتري. ونوضح ذلك في بندين اثنين.

### البند الأول: حالة نماء المشفوع فيه نموا طبيعيا

اختلف الفقهاء في حالة نماء المشفوع فيه نموا طبيعيا، وهو لا يزال بعد في يد المشتري، قبل قيام الشفيع بطلب الشفعة، على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول: ذهب المالكية إلى أن الغلة قبل الشفعة للمشتري، لأنه في ضمانه إلى قيام الشفيع، والخراج بالضمان<sup>(1)</sup>. جاء في المدونة: "من اشترى شقصا من أرض فزرعها فللشفيع أخذه بالشفعة، ولاكراء له، والزرع للزارع. ومن ابتاع نخلا لاثمر فيها فاغلتها سنين فلا شيء للشفيع من الغلة"<sup>(2)</sup>.

المذهب الثاني: قال الحنفية القياس ألا يكون للشفيع، لأنه نماء على ملك المشتري وعمله. أما في الاستحسان فهو للشفيع، لأن الثمر متصل خلقة بالشجر فكان تبعا له. ولأنه متولد من المبيع فيسري إليه الحق الثابت في الأصل قبل الأخذ. جاء في البدائع: "فإذا وقع البيع ولاثمر في الشجر ثم أثمر بعده، ثم حضر الشفيع فما دام متصلا يأخذه الشفيع مع الأرض بالثمن الأول استحسانا، لأنه ثبت حكم البيع فيه تبعا لثبوته في الأرض بواسطة الشجر فكان مبيعا تبعا، سواء حدث في يد المشتري أو في يد البائع، لأن الشفعة موجودة في الحالين"<sup>(3)</sup>.

والحكم نفسه فيما لو اشترى أرضا وعلى نخلا ثم، أخذها الشفيع بشرها استحسانا. لأنه باعتبار الأصل صار تبعا للعقار كالبناء في الدار، وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> الحرشي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص178.

<sup>(2)</sup> محمد عليش، منح الخليل، المرجع السابق، ج7، ص236.

<sup>(3)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص29.

<sup>(4)</sup> المرغيناني، افدابة، المرجع السابق، ج4، ص34. - الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص119، 120. - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج9، ص402.



المذهب الثالث : وفرق الحنابلة<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> بين حالتين للنماء والزيادة. فإن كان النماء متصلاً كالشجر إذا كثر، والغرس إذا استغلظ واستوى. أو الفسيل إذا طال وامتلأ، فإن الشفيع يأخذ الشقص بزيادته، لأن هذه زيادة غير متميزة فتبع الأصل. أما إذا كانت الزيادة منفصلة كالثمرة الظاهرة والطلع المؤبر والغلة والأجرة، فهي للمشتري لا حق فيها للشفيع. لأنها حدثت في ملكه، وتكون للمشتري بمقاة في رؤوس النخل إلى وقت الجذاذ. لأن أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه .

ترجيح : ويبدو لي أن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح. لأنه إذا ما تم عقد البيع صحيحاً، فإن المبيع يدخل في ملك المشتري وفي ضمانه، ومن ثم فإن كل نماء أو زيادة تحدث بعد العقد وقبل قيام الشفيع بطلب الشفعة، فهي للمشتري. سواء كانت هذه الزيادة متصلة أو منفصلة، متولدة أو غير متولدة، كأجرة العقار وثمر الأشجار، لأنها غلة ملكه ونماؤه، وهو الأحق بها دون غيره .

### البند الثاني : حالة نماء المشفوع فيه بفعل المشتري .

وإذا زاد المشفوع فيه بفعل المشتري، ثم قام الشفيع بطلب الشفعة، وقضى له بها . فمن الأحق بهذه الزيادة، الشفيع أم المشتري ؟

يختلف حكم هذه الزيادة باختلاف حالها، هل هي زيادة تقبل الانفصال أو لا تقبل الانفصال. فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال، سواء كان ذلك راجعاً إلى طبيعتها، كما لو كانت أرضاً فأصلحت بشق مصارفها، ورفع الأحجار والرمال منها، وتسميد تربتها. أم كان ذلك راجعاً إلى ذهاب قيمتها إن فصلت عن المبيع، كطلاء الدار وتزيينها. فإن الشفيع يأخذ المبيع بثمره مضافاً إليه ما أحدثته هذه الزيادة في قيمته. فإن كان المشتري اشترى العقار بألف فأصبح بسبب هذه الزيادة ألف ومائتان، أخذ الشفيع بهذا المبلغ<sup>(3)</sup> .

وإن كانت هذه الزيادة تقبل الانفصال. فإن كانت لها نهاية معلومة، كالزراع في الأرض والثمر في الشجر. فإن العقار يبقى في يد المشتري إلى أن يحصد الزرع ويقطف الثمر، ولا يمنع ذلك من أن يقضى للشفيع بشفعته. وعلى المشتري دفع الأجرة عند الحنفية، عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد والقطف. وقال بعض الحنفية لا يقضى للشفيع في هذه الحالة بالشفعة، إلا بعد أن يحصد الزرع ويقطف الثمر، وحينئذ لا يستحق الشفيع على المشتري أجراً<sup>(4)</sup>. وقال الشافعية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup>: يبقى الزرع بلا أجر على المشتري لأنه زرعه في ملكه.

<sup>(1)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص502، 503 .

<sup>(2)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص57. - الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص382. - النووي، المجموع، المرجع السابق، ج14، ص338 .

<sup>(3)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص114. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص180 .

<sup>(4)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص115. - المرغيناني، الهداية، المرجع السابق، ج4، ص33 .

<sup>(5)</sup> الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص211. - الشريبي، معني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص304 .

<sup>(6)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص502 .

فإن لم يكن لهذه الزيادة نهاية معلومة بل كانت دائمة كالبناء والغراس، فللشفيع الحق في أخذ الشفعة. غير أن كلمة الفقهاء اختلفت فيما يجب على الشفيع دفعه في قيمة البناء والغراس .

فقال الحنفية: إذا بنى المشتري بناء أو غرس غرسا، ثم طلب الشفيع الشفعة، فإنه يقضى له بشفعة الأرض. ويجبر المشتري على هدم بنائه ورفع أبقاضه، وقلع شجره وأخذ أخشابه. ليتسلم الشفيع العقار خاليا مما زاد فيه المشتري، إلا إذا كان في ذلك ضرر بالأرض<sup>(1)</sup>.

فإن كان في هدم البناء وقلع الشجر ضرر بالأرض، فإن المشتري لا يستطيع في هذه الحالة رفع الزيادة التي أحدثها في العقار. فيكون حينها للشفيع الخيار، إن شاء أجبر المشتري على القلع وتخلية الأرض مما أحدث فيها، لأن وضعه في محل تعلق به حق مآكد للغير من غير إذنه، فينتقض، كالراهن إذا بنى في المرهون. ولأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري، لأنه يتقدم عليه وينقض تصرفاته من البيع والهبة وغيرها. وتكون الأبقاض حينها للمشتري لا للشفيع لزوال التبعية بالانفصال. وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري على أن يدفع قيمة البناء والغراس بقيمته مقلوعا، أي أبقاضا<sup>(2)</sup>.

وقال جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup> وأبو يوسف من الحنفية: إذا بنى المشتري أو غرس، ثم أخذ الشفيع بالشفعة، فللمشتري الخيار في قلع البناء والغراس أو الترك. فإن اختار قلع البناء والغراس لم يمنع لأنه ملكه، فيملك إزالته ونقله، وليس عليه تسوية الأرض لأنه غير متعد. وإن لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار، بين ترك الشفعة، وبين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء. لأن المشتري لم يكن في بنائه ولا في غرسه متعديا، ولأنه إنما بنى وغرس في ملكه، وليس هو بان أو غارس في ملك غيره حتى يقاس على الغاصب.

## مناقشة وترجيح :

السبب في اختلاف الفقهاء في هذه المسألة كما قال ابن رشد<sup>(6)</sup> هو " تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه، بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطراً عليه الاستحقاق، وقد بنى في الأرض وغرس، وذلك أنه وسط بينهما. فمن غلب عليه شبهة الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة. ومن غلب عليه شبهة التعدي قال: له أن يأخذ بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا ...

ويبدو لي أن قياس الجمهور تصرف المشفوع عليه على المشتري الذي يطراً عليه الاستحقاق، وقد بنى وغرس أعدل وأرجح. لأن المشفوع عليه حين بنى أو غرس بنى في ملكه، وليس غاصبا، وكون الشفيع تعلق له

<sup>(1)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص29 .

<sup>(2)</sup> الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج2، ص118. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص179 .

<sup>(3)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص238. - الخرشى على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص179. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص413 .

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص53. - الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص304 .

<sup>(5)</sup> ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص501 .

<sup>(6)</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2، ص264 .

حق بالعقار المشفوع فيه، لا يحول المشتري للعقار إلى غاصب له. فكل منهما إذن علاقته بالعقار علاقة شرعية، وما علينا إلا أن نحافظ على حقوق الطرفين دون " ضرر أو ضرار " كما قال - صلى الله عليه وسلم - ولا شك أن في قول الجمهور عدل بين الطرفين. لأن الشفيع يأخذ ما زاد في الأرض بقيمته، والمشتري قد أخذ عوض هذه القيمة. وإذا كان في إلزام الشفيع أخذ شيئاً قد لا يرغب فيه، بعض ضرر، فهو أقل من الضرر الذي يصيب المشتري حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مستحقي القلع، وعند التعارض يتحمل أقل الضررين .

## الفرع الثاني : هلاك المشفوع فيه ونقصانه .

إذا قبض المشتري المشفوع فيه ثم هلك، أو هلك بعضه، وأراد الشفيع أخذ الشفعة، فهل يسقط عن الشفيع مقدار ما هلك ويأخذ الباقي بحصته من الثمن؟ أو يأخذ ما بقي بجميع الثمن؟ للفقهاء في هذه المسألة رأيان متعارضان. الأول: رأي الحنفية وقريب منه رأي المالكية. والثاني: رأي الشافعية والحنابلة .

### الرأي الأول : رأي الحنفية والمالكية .

أولاً : مذهب الحنفية : ميز الحنفية<sup>(1)</sup> في النقص الذي يصيب العقار بين النقص الذي يكون جزءاً من توابع الأرض، أو يكون متصلاً بالعقار، أو بعضاً من العقار نفسه .

أ - فإن كان النقص في الأرض نفسها، لا فيما عليها من شجر أو بناء . كأن تكون الأرض بجوار نهر فيتحوّل التيار على جزء منها فيأخذه في مجراه، كان الشفيع بالخيار بين ترك الشفعة، وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن . لأن حقه ثابت في الكل، وقد تمكن من أخذ البعض، فيأخذه بحصته من الثمن لهلاك بعض الأصل .

وطريقة معرفة ثمن الباقي تتم بتقدير قيمة الأرض ناقصة، وقيمتها كاملة، وينقص من الثمن نسبة النقصان . فإذا كانت قيمة الأرض كاملة مثلاً، ألف وخمسمائة، وقيمتها ناقصة خمسمائة، والثمن الذي بيعت به ألف ومائتان . ففي هذه الحالة ينقص من الثمن مقدار الثلثين، لأن الألف دينار وهي الفرق ما بين القيمتين، تعادل ثلثي قيمة الأرض كاملة . فينقص من الثمن الثلثين وهي ثمانمائة، فيدفع الشفيع إذا أخذ الشفعة أربعمائة .

ب - وإذا كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض، مثل يبس الشجر أو جفافه، أو انهدام البناء أو احتراقه . فتميز بينما إذا كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره، أو حدث ذلك باقعة سماوية . فإن كان بفعل المشتري أو الغير، نقص من الثمن ما زال ويأخذ الباقي بحصته من الثمن كالحالة الأولى . فتقوم الأرض بدون شجر أو بناء، وتقوم وفيها الشجر والبناء، ويسقط عن الشفيع الفرق بينهما، لوجود التعدي والإتلاف، فيقابل به شيء من الثمن، وتكون الأتقاض حينئذ للمشتري .

<sup>(1)</sup> السرخسي، المسوّط، المرجع السابق، ج 14، ص 111، 115 . - النكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 28 . - قاضي زاده، نتائج الأفكار، المرجع السابق، ج 9، ص 402 . - المرغيناني، إهداية، المرجع السابق، ج 4، ص 33 . - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السلفي، ج 5، ص 180 . - الغنيمي، اللباب، المرجع السابق، ج 2، ص 119 .

أما إن حدث ذلك بلا تعد من أحد، وإنما حدث بأفة سماوية كزلزال أو فيضان أو ربح عاتية. كان على الشفيع إما أن يأخذ بالثمن كله أو يترك. لأنه لا غريم له، ولأن النقص ليس بجناية أحد. ولأن الشجر والبناء تابعان للأرض فلا يقابلها شيء من الثمن. لأن المذهب أن الثمن يقابله الأصل دون الوصف، حتى إن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئاً من الثمن<sup>(1)</sup>. وقال بهذه الحالة أبو حامد من الحنابلة<sup>(2)</sup> وبعض الشافعية<sup>(3)</sup>.

وإذا بقيت بعد حصول الهدم أو التلف أنقاض من خشب أو حجر، أخذها المشتري لانفصاله عن الأرض وعدم تبعيته لها. وسقطت حصة الأنقاض من الثمن بقيته يوم الأخذ. ويوزع الثمن بين الدار والأنقاض بحسب قيمتها، كما سبق بيانه في الحالة الأولى. وإن لم يبق من الأنقاض شيء كأن هلكت كلها لم يسقط من الثمن شيء لعدم حبس الأنقاض من قبل المشتري. ولأنها من التوابع، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن. ولأن الشفيع حين أخذ بالشفعة فقد تحولت الصفقة من المشتري إليه.

ج - وإن كان النقص جزءاً من توابع الأرض، ككطف الثمار أو هلاك الآلات الزراعية. سقط من الثمن قيمة هذه الثمار أو الآلات. سواء كان النقص بفعل المشتري لأنها مقصودة بالبيع وقد أخذها المشتري، أم كان الهلاك بأفة سماوية. لأنها كانت بعض المعقود عليه، ودخلت في البيع مقصودة، فيقابلها حصتها من الثمن<sup>(4)</sup>.

ثانياً: مذهب المالكية. ويرى المالكية<sup>(5)</sup> أن المشتري لا يضمن نقص المشفوع فيه، سواء كان ذلك بأمر سماوي أو بفعل المشتري، إذا كان ذلك لمصلحة. كأن هدم لبني أو لأجل التوسعة، فما على الشفيع إلا أن يأخذ الشقص مهدوماً بكل الثمن، وإما يترك لأن المشتري تصرف في ملكه. أما لو هدم المشتري البناء عبثاً أو لغير منفعة، فيجب أن يكون في ذلك ضامناً، فيحط عن الشفيع من الثمن بنسبة ما نقص من قيمة الشقص بالهدم عن قيمته سليماً. لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، كما قال ذلك القاضي عياض.

## الرأي الثاني: رأي الشافعية والحنابلة.

يرى الحنابلة<sup>(6)</sup> والشافعية<sup>(7)</sup> أنه إن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه، لأنه ملكه تلف في يده. ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه، أخذ الموجود بحصته من الثمن، سواء كان التلف بفعل آفة سماوية، أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كقفزه للبناء، أو بغير اختياره كانهدامه. وإذا كانت

<sup>(1)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج 14، ص 112.

<sup>(2)</sup> ابن قدامة، المعني، المرجع السابق، ج 5، ص 504.

<sup>(3)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 53.

<sup>(4)</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 28.

<sup>(5)</sup> الخرشبي على مختصر خليل، المرجع السابق، ج 6، ص 179. - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج 7، ص 237. - سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 412.

<sup>(6)</sup> ابن قدامة، المعني، المرجع السابق، ج 5، ص 503، 504.

<sup>(7)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 52.

الانتفاض موجودة أخذها مع الأرض بحصتها من الثمن، وإن لم تكن الانتفاض موجودة، أخذ الأرض وما بقي من البناء، وقد استدلو على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

1 - إذا تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، دفع ثمن البعض كما لو تلف بعض المشفوع فيه بفعل الغير، أو كما لو كان له شفيع آخر

2 - إن التلف الذي وقع لا يتحملة الشفيع، لأنه لا دخل له فيه. والذي يأخذه يدفع ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه .

3 - إن أخذه للانتفاض وإن كانت منفصلة، إنما يرجع لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع، وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس ماله إلى انفصال، وإنما انفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة .

**تعقيب وترجيح :** إن التفصيل الذي أورده الحنفية مبني على نظرتهم في العقار، وهم يرون أن العقار هو الأرض فقط، أما الشجر والبناء وكل ما اتصل بالأرض اتصال قرار وثبات، فإنه يأخذ حكم العقار بالتبعية . وقد سبق لنا أن بينا في الفصل الثاني من هذا البحث، أن هذه نظرة قاصرة. وأن العقار هو الشيء المستقر بجزءه والثابت فيه بحيث لا يمكن نقله دون تلف أو فساد، كما قال بذلك المالكية والقانون المدني. وعليه فيمكنني أن أرتب المسألة كما يلي :

إن كان هلاك العقار المشفوع فيه أو تلفه بأفة سماوية. سواء أصاب التلف الأرض أو الشجر أو البناء، وأراد الشفيع أخذ الشفعة، أخذ بجميع الثمن الذي دفعه المشتري. لأنه لامتسولية على المشتري في النقص الذي أصاب المشفوع فيه. ولأن من المقرر أن الشفيع يأخذ بمثل ما أخذ به المشتري حال السلامة، فيأخذ بمثل ما أخذ به المشتري أيضاً حالة النقص، الذي لا دخل للمشتري فيه .

أما إن كان النقص بفعل الغير. أخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن. لأن المشتري يعود على الغير بالتعويض، ولا ضرر حينها يصيبه من أخذ الشفيع بما بقي من الثمن، لأنه يجبر النقص بالتعويض الذي يأخذه من الغير .

أما إن كان النقص بفعل المشتري. فإن كان ذلك للمصلحة، كما لو هدم لإعادة البناء أو للتوسعة، فما على الشفيع إلا أن يأخذ بكل الثمن أو يترك، لأن المشتري تصرف في ملكه ولا مسؤولية عليه. أما إن هدم عبثاً ولغير هدف، أو نكاية في الشفيع، لأنه سيأخذ منه العقار بالشفعة، فهذا تعسف في استعمال الحق. فيأخذ الشفيع الشفعة، ويدفع قيمة ما بقي من العقار بحصته من الثمن .

## المطلب الثاني: علاقة الشفيع بالمشتري في القانون المدني

تنشأ علاقة الشفيع بالمشتري متى تسلم العقار المشفوع فيه من البائع، أما إذا لم يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع، فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة. لأنه يكون قد اختفى من الصفقة وحل محله الشفيع، ولا يرجع المشتري على الشفيع إلا بمصاريف البيع التي دفعها .

أما إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع، ثم أخذه الشفيع منه بالشفعة وهذا هو الغالب، فإن حقوقاً تنشأ للمشتري تجاه الشفيع، كما تنشأ حقوقاً تجاه المشتري. ونوضح هذه الحقوق المتبادلة بين الطرفين في فرعين اثنين .

### الفرع الأول : حقوق المشتري تجاه الشفيع

وحقوق المشتري تجاه الشفيع هي أولاً: استرداد الثمن ومصاريف البيع. وثانياً: التعويض عن المصاريف الضرورية والنافعة. وثالثاً: التعويض عن البناء أو الغراس، إذا كان المشتري قد بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه. وإليك توضيح هذه الحقوق الثلاثة .

#### أولاً : استرداد الثمن ومصاريف البيع .

إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، عندما تسلم العقار منه، فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء، فإن المشتري يتوجه رأساً إلى الموثق لسحب الثمن من عنده. فيسترد بذلك الثمن الذي دفعه البائع، ويكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشتري برد الثمن .

أما إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالتراضي، فإنه يكون ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه فوراً إلى المشتري<sup>(1)</sup>. وكما استرد المشتري الثمن من الشفيع، يسترد أيضاً مصاريف البيع، طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب. سواء كانت مصاريف رسمية، كرسوم التوثيق والطابع والتسجيل ورسوم الإعلان العقاري، أو غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحاماة ومصاريف معاينة الأرض المشفوع فيها، لأنه التزم بدفعها عند شراء العقار كما تلزمه بذلك نصوص المادة 393 من القانون المدني، فله أن يستردها وقد أخذ العقار منه<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً : التعويض عن المصاريف الضرورية والنافعة والكمالية .

إذا أنفق المشتري على العقار المشفوع فيه، بعد أن تسلمه من البائع مصاريف، سواء كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية، فهل له أن يعود على الشفيع بهذه المصاريف ؟

إن المشتري بعد أن تسلم العقار المشفوع فيه من عند البائع، أصبح حائزاً لهذا العقار، ومن ثم فإنه يعود على المالك، وهو هنا الشفيع، بما أنفق من مصاريف ضرورية على هذا العقار. وهذا ما صرح به المادة 839

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص761 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص763 .

من القانون المدني والتي تقول: " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الخائز جميع ما أنفقته من المصروفات اللازمة ". وكذلك يطالب المشتري الشفيع بالتعويض عن المصاريف النافعة، طبقاً لقواعد الإلتصاق<sup>(1)</sup> المنصوص عليها في المادتين 784، 785 من القانون المدني. أما المصاريف الكمالية فليس للمشتري أن يطالب الشفيع بشيء منها، ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقي الكماليات التي استحدثها المشتري، مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو أن يجبر المشتري على إزالتها، وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً : التعويض عن البناء والغراس .

وإذا بنى المشتري أو غرس في العقار المشفوع فيه بعد أن تسلمه من البائع، فهل يطالب المشتري الشفيع بعد أخذه العقار بالشفعة، بالتعويض بسبب هذا البناء أو الغراس ؟

ميزت المادة 805 من القانون المدني، والتي تعالج هذه المسألة بين حالتين. حالة ما إذا بنى المشتري أو غرس قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة .

ففي الحالة الأولى : فإن الفقرة الأولى من المادة 805، تقضي بأن المشتري يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع أن يدفع له المبلغ الذي أنفقته في البناء أو الغراس، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس، أي أن الشفيع يدفع للمشتري أي القيمتين أكبر<sup>(3)</sup>.

وفي الحالة الثانية : وهو ما إذا بنى المشتري أو غرس بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة. فإن الفقرة الثانية من المادة 805، تقضي بأن الشفيع له أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتضى. أو أن يستبقي ما بنى المشتري أو غرس. ولا يلزم الشفيع إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني : حقوق الشفيع تجاه المشتري .

أما حقوق الشفيع تجاه المشتري فهي أولاً: تسلم العقار المشفوع فيه . ثانياً : استرداد ثمار العقار المشفوع فيه، لأن المشتري وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره .

#### أولاً : حق الشفيع في تسلم العقار المشفوع فيه .

إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه من البائع، فإنه بعد أن أخذ الشفيع العقار بالشفعة، فإن المشتري يصبح ملتزماً بتسليمه للشفيع. والأحكام التي سبق ذكرها في تسليم البائع العقار للشفيع، تسري هنا أيضاً. فيلتزم المشتري بتسليم العقار بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وبالقدر المحدد في عقد البيع، وبالملاحقات التي تتبعه .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص764 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص765 .

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص766 .

<sup>(4)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص767 .

وإذا تسلم الشفيع العقار فإن تبعة الهلاك تكون عليه، وكذلك تكون التبعة عليه حتى ولو لم يتسلم العقار من المشتري، إذا كان المشتري قد أعذره قبل الهلاك بتسلم العقار. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا على من تكون تبعة الهلاك إذا هلك العقار بسبب أجنبي، وهو لا يزال بعد في يد المشتري، ولم يتسلمه الشفيع هل هي على الشفيع؟ أم على المشتري؟ رأيان في المسألة.

فقد ذهب بعض الفقهاء، إلى أنه مادام المشتري لم يسلم بعد العقار، ولم يعذر الشفيع فإن التبعة تقع عليه. ووجههم في ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع، لأنه ملتزم بالتسليم، وقد أصبح المشتري هو الملتزم بالتسليم، فتقع عليه تبعة الهلاك<sup>(1)</sup>.

وذهب فقهاء آخرون، إلى أن تحمل التبعة تكون على الشفيع. لأن الذي يتحمل التبعة في الأصل هو المالك، والمالك في هذه الحالة هو الشفيع. ولكن المشتري قبل تسليمه العقار يعتبر حائزاً لهذا العقار. وعليه فهو حائز حسن النية للعقار قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة، وحائز سبب النية بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة.

وقد بينت النصوص القانونية على من تقع تبعة الهلاك، إذا هلك الشيء وهو في يد الحائز. فنص المادة 842 من القانون المدني على أنه: "إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولاً تجاه من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع، ولا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف". وعلى هذا تكون تبعة الهلاك على الشفيع إذا هلك العقار بسبب أجنبي، وهو في يد المشتري قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة، أي طالما كان المشتري معتبراً حائزاً حسن النية. وتنص المادة 843 على أنه: "إذا كان الحائز سبب النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا أثبت أن الشيء يهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه". وعلى هذا تكون تبعة الهلاك على المشتري إذا هلك العقار وهو في يده بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة، أي عندما يعتبر حائزاً سبب النية<sup>(2)</sup>.

ويبدو لي أن الرأي الثاني هو الراجح. لأن الذي يلاحظ على الرأي الأول أنه يقوم على غير أساس، لأن تبعة الهلاك تقع على الملتزم بالتسليم، إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية. والالتزام المشتري هنا هو التزام مستقل، وليس متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية. لأن الملتزم بنقل الملكية هو البائع، وقد ارتفعت عنه التبعة بتسليم العقار إلى المشتري. فالقول إذن بتحميل التبعة للمشتري مجرد أنه ملتزم بالتسليم، قول ينهض على غير أساس.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص768.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص769.



ثانيا : حق الشفيع في استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشتري .

إذا أخذ الشفيع بالشفعة فقد أصبح مالكا للعقار، وباعتباره مالكا فإن ثمار ملكه تدخل في حوزته وتكون عليه تكليفه. وهذا ما نصت عليه المادة 389 من القانون المدني، والتي جاء فيها " يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع كما يتحمل تكليفه من يوم انعقاد البيع هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بغير ذلك " .

والشفيع وقد حل محل المشتري، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه، إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار . فمتى يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه ؟ حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره، فيستردها من المشتري، وملتزما بأن يرد إليه نفقات الصيانة وسائر المصاريف والتكاليف .

لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . وإذا تم التسجيل، فإنها تنتقل في رأي بعض الفقهاء من وقت البيع، وفي رأي محكمة النقض المصرية، لا تنتقل إلا من وقت التسجيل كما سبق بيانه في هذا الفصل . وعلى الرأي الذي يرى أن الملكية تنتقل من وقت البيع، لا من وقت التسجيل، فهل يملك الشفيع الثمار وهي في يد المشتري من وقت تمام البيع ؟

إن المشتري بعد أن ثبت للشفيع الحق في الشفعة، يعتبر حائزا للعقار من وقت أن تسلمه من البائع، وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة في الشفعة، وحائزا سيئ النية بعد إعلانه بالرغبة في الشفعة . فموقف الشفيع من المشتري بالنسبة إلى الثمار هو إذن موقف المالك من الحائز<sup>(1)</sup> .

وتنص المادة 837 على أنه " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية " . وتنص المادة 838 على أنه " يكون الحائز سيئ النية مسؤولا عن جميع الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي أصبح فيه سيئ النية، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها " . وبناء على هذا فإن المشتري يملك الثمار ويتحمل تكليفها ولا يلزم بردها إلى الشفيع، إلا وقت إعلانه بالرغبة في الشفعة . فإذا ما أعلن بالرغبة في الشفعة فقد تغير موقفه من حائز حسن النية إلى حائز سيئ النية، فلا يملك الثمار . وتكون الثمار من ذلك الوقت ملكا للشفيع، ويستطيع هذا الأخير أن يستردها من المشتري . وعليه أيضا من ذلك الوقت، أن يرد للمشتري جميع المصاريف والتكاليف، التي أنفقها المشتري في إنتاج الثمار، وحفظها وصيانتها<sup>(2)</sup> .

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص773 .

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص774 .

# المبحث الرابع

## علاقة الشفيع بالغير

وتولى توضيح علاقة الشفيع بالغير في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني، في مطلبين اثنين .

المطلب الأول : علاقة الشفيع بالغير في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالغير في القانون المدني .

جامعة الأزهر  
القادر للعلوم الإسلامية

## المطلب الأول: علاقة الشفيع بالغير في الفقه الإسلامي

إذا تم البيع بين البائع والمشتري ثبت ملك المشتري في المبيع. وثبت أيضا للشفيع حق طلب العقار المبيع بالشفعة. غير أن ثبوت حق الشفيع في طلب المبيع بالشفعة. لا يمنع المشتري من التمتع بأثار ملكه. لأن الشفيع ملك أن يملك وذلك لا يحرم المشتري من الانتفاع بالمبيع كما يشاء، وعلى أي وجه أراد. فيستعمله أو يستغله، بالبيع أو الإيجار أو الرهن، أو يرتب عليه حق ارتفاق أو انتفاع للغير. وتصرفاته هذه صحيحة لأنها في ملكه. غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هل هذه التصرفات التي صدرت من المشتري تسري في حق الشفيع، ولا يجوز له نقضها. أم له الحرية والاختيار في إمضائها ونقضها؟ للجواب على هذا السؤال نميز بين نوعين من التصرفات التي تصدر من المشتري. تصرفات تجب فيها الشفعة كالبيع مثلا، وتصرفات لا تجب فيها الشفعة ابتداء، كالإعارة والوقف والوصية.

### أولا : التصرفات التي تجب فيها الشفعة .

اتفق الفقهاء على أنه إذا حكم القاضي بالشفعة لمستحقها، جاز للشفيع نقض التصرفات التي تجب فيها الشفعة. لتعلق حق الغير في المبيع، ولأن حق الشفيع سابق على تصرف المشتري فيمنع اللزوم. فلو باع المشتري العقار، قال جمهور الفقهاء من المالكية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> والحنفية<sup>(4)</sup>: الشفيع مخير بين أن يأخذ العقار بالثمن الذي تم به الشراء الأول، أو الثاني. لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة. ولما كان مخيرا في الأخذ بأي عقد شاء، فلو أخذ بالبيع الأول، دل ذلك على نقضه للبيع الثاني. وما كان في معنى البيع من العقود مما تجب به الشفعة، فهو كالبيع في الحكم.

### ثانيا : التصرفات التي لا تجب فيها الشفعة ابتداء .

إذا تصرف المشتري في العقار تصرفا لا تجب فيه الشفعة ابتداء، كما لو وقفه، أو جعله مسجدا أو مقبرة، أو تصدق به أو أوصى به أو رهنه أو وهبه. فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين. الحنابلة من جهة وجمهور الفقهاء من جهة أخرى .

مذهب الحنابلة . قال الحنابلة<sup>(5)</sup>: إذا تصرف المشتري في العقار المبيع تصرفا لا شفعة فيه ابتداء. كما لو وهبه أو وقفه أو تصدق به سقطت الشفعة. لأن الأخذ بالشفعة في هذه الحالة، إضرار بالموهوب له والموقوف

(1) سحنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 410 .

(2) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 489 .

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج 9، ص 36. - الشريبي، معني المحتاج، المرجع السابق، ج 2، ص 303 .

(4) السرخسي، المسبوط، المرجع السابق، ج 14، ص 108. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج 5، ص 181. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 5، ص 22 .

(5) ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 5، ص 490، 491 .

عليه، والمتصدق عليه، لأنه ملكه يزول عنه بغير عوض. لأن الثمن يأخذه المشتري، والضرر لا يزال بالضرر. ولا يصح عند الحنابلة تصرف المشتري بعد طلب الشفعة، لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح.

وقد ذهب الحسن بن زياد من الحنفية<sup>(1)</sup> مذهب الحنابلة. فرأى أن المشتري لو جعل العقار مسجداً أو مقبرة سقطت الشفعة. لأن المشتري تصرف في ملك نفسه، فينفد كما لو باع، إلا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقص بعد وجوده، فلم يلزم. وهذه التصرفات مما لا تحتمل الانتقاض، كالعقود فكان نفوذها لزوماً.

مذهب الجمهور. وقال جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(2)</sup> والمالكية<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup>: للشفيع نقض ما لا شفعة فيه ابتداءً. واستدلوا على ذلك، بأنه إذا كان الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث، مع إمكان أخذ الشفعة بهما، فلئن يملك فسخ عقد لا تجب فيه الشفعة ابتداءً أولى. ولأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى، فلا يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حق غيره، حتى ولو كان يتصرف في ملكه. ولأن تعلق حق الشفيع بالعقار المبيع يمنع من صيرورته مسجداً، لأن المسجد ما يكون خالصاً لله تعالى، وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله تعالى، فيمنع صيرورته مسجداً. كما أن تعلق حق الغير بالعقار يمنع من وقفه، فإذا أوقف المشتري العقار، فالوقف باطل لتعلق حق الشفيع به. كما لو وقف المريض مرض الموت أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء، ورد الورثة ما زاد على الثلث.

- وإذا كانت القاعدة العامة عند المالكية والحنفية، هو فسخ التصرفات التي لا شفعة فيها ابتداءً، إلا أن المالكية اختلفت كلمتهم في الإيجار. والحنفية ذكروا للقسمه صورتان، يجوز النقص في واحدة، ولا يجوز النقص في الصورة الأخرى، واليك توضيح ذلك.

- إذا تصرف المشتري في العقار بالإيجار فقولان عند المالكية<sup>(5)</sup>. أحدهما يقول بجواز فسخ عقد الإيجار، والثاني يقول بعدم فسخ عقد الإيجار. ومنشأ الاختلاف في تكييف الشفعة هل هي كالبيع، أو كالاتحاق.

فمن اعتبر الشفعة استحقاقاً قال: يجوز نقض تصرف المشتري إذا أجر الشقص، إذ من المعلوم أن من استحق داراً فوجدها مؤجرة، كان له أخذها ونقض الإيجار. ويرجع المستأجر بأجرته على المؤجر، وله إمضاء الإيجار وتكون الأجرة عليه.

<sup>(1)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص113. - الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص22.

<sup>(2)</sup> السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، ج14، ص109. - الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ج5، ص181.

<sup>(3)</sup> محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص221، 222. - الخرشبي، على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص174. - مسنون، المدونة الكبرى، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص410.

<sup>(4)</sup> الماوردي، الحاوي الكبير، المرجع السابق، ج9، ص36. - الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج2، ص300. - الرملي، نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج5، ص210.

<sup>(5)</sup> الخرشبي، على مختصر خليل، المرجع السابق، ج6، ص178، 179. - محمد عليش، منح الجليل، المرجع السابق، ج7، ص237. - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص493، 494.

ومن اعتبر الشفعة بيعا . قال بعدم جواز نقض تصرف المشتري إذا أجز الدار . إذ من المعلوم أن من اشترى دارا مؤجرة فلا يفسخ إجارها ، والأجرة تكون لبائعها ولا يقبضها المشتري ، إلا بعد مضي وقت الإيجار . ولكن لا بد أن يكون الباقي من أمد الإيجار لا يزيد عن سنة ، فإن زاد كان له فسخ الإيجار ، وأخذ الدار .

وذكر الحنفية<sup>1</sup> في تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه بالقسمة صورتان . إحداهما يفسخ فيها تصرفه ، والثانية لا يفسخ .

الصورة الأولى : ألا يكون في العقار المشفوع فيه سوى بائعه الذي اشترى منه الشقص ، وقد قاسمه واختص بناحية من العقار . وفي هذه الحال إذا أخذ الشفيع بالشفعة أخذ الحصة المفروزة ، ولا تنقض القسمة . لأن القسمة مع البائع من تمام التسليم إلى المشتري ، إذ المقصود من قبض المبيع حيازته ، وتامها يكون بالقسمة . ولا مسوغ لنقض قسمة يحتاج إلى إعادتها في الحال ، عند تسليم المبيع إلى الشفيع . والحكم واحد سواء تمت القسمة بالتراضي أم بالتراضي .

الصورة الثانية : أن يكون للمشتري شريك آخر غير البائع ، وقد تمت القسمة بين الثلاثة . وفي هذه الحالة يكون للشفيع نقض القسمة ، إذ القسمة حينئذ ليست من تمام التسليم والقبض ، بل تصرف مستقل على الشراء ، فيحق للشفيع نقضه حتى يتجنب في القسمة الغبن .

**ترجيح :** ويبدو لي أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - من أنه إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه تصرفا لا تجب فيه الشفعة ابتداء ، يجوز للشفيع إذا حكم له بالشفع نقض تصرفات المشتري - هو الراجح المعقول . لأن حق الشفيع سابق عن حق غيره ممن نقل له المشتري الشقص . ولأن القول بسقوط الشفعة إذا وهب المشتري العقار أو تصدق به ، قد يكون في هذا حيلة لبعض الناس لعقد تصرفات صورية للهروب من الشفعة .

غير أنه إذا حكمنا بجواز نقض تصرفات المشتري ، فإن الثمن الذي يدفعه الشفيع ، حين يأخذ بالشفعة يكون للموهوب له أو المتصدق عليه ، إمضاء لإرادة المشتري الظاهرة . لأنه رغم علمه بوجود الشفيع ، ومع ذلك فقد تصدق بالعقار أو وهبه ، فكأنه تصدق بالثمن أو وهبه . ولكي لا نأخذ ملك الموهوب له والمتصدق عليه بغير عوض ، فإن كان المشتري صادقا في تصرفه فلا ضرر على أحد ، إذ الشفيع أخذ شقصه والموهوب له أو المتصدق عليه أخذ عوضه . وإن كان غير صادق ففي هذا سدا للطريق أمامه ، لكي لا يفوت الشفعة على الشفيع .

<sup>1</sup> السرخسي ، المبسوط ، المرجع السابق ، ج 14 ، ص 109 . - الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 181 . - الكاساني ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 23 . - علي الحنفي ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 380 .

## المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالغير في القانون المدني

وتنشأ علاقة الشفيع بالغير متى رتب البائع أو المشتري، حقوقا عينية على العقار المشفوع فيه، فإذا ما أخذ الشفيع العقار بالشفعة، فهل تسري هذه الحقوق في حقه ؟

تبين لنا المادة 806 من القانون المدني أنه لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة. على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما ال للمشتري من ثمن العقار<sup>(1)</sup>

ويتبين لنا من خلال هذا النص، أنه يجب أن نميز بين الحقوق العينية، التي ترتبت على العقار المشفوع فيه، من جانب المشتري أو من جانب البائع، قبل تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة، وتلك التي ترتبت بعد تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة .

1 - الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

إذا تصرف البائع في العقار المشفوع فيه، بالبيع أو المقايضة أو الهبة، أو رتب عليه حقا عينيا كحق انتفاع أو ارتفاق، أو رهنه رهنا رسميا أو حيازيا، أو رتب عليه حق امتياز يكفل ديننا في ذمته، أو أخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائنيه .

إذا ترتب أي حق من هذه الحقوق، فإنه يسري في حق الشفيع، إذا أخذ العقار بالشفعة . بشرط أن يشهر صاحب هذا الحق حقه، قبل تاريخ شهر إعلان الشفيع رغبته في الشفعة، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه . لأن صاحب الحق العيني لا يعلم بوجود البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري، إلا عن طريق التسجيل . كما لا يعلم بوجود الرغبة في أخذ العقار بالشفعة، إلا بإعلان هذه الرغبة وشهرها .

وعليه فإذا ما شهر صاحب الحق حقه، قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، وقبل أن يشهر الشفيع رغبته في أخذ الشفعة، فإن حقه يكون نافذا، في حق كل من الشفيع والمشتري، طبقا للقواعد المقررة في التسجيل . فإذا باع البائع العقار ثانية، وسجل المشتري عقد شرائه، قبل أن يسجل المشتري الأول عقد شرائه، وقبل أن يشهر الشفيع إعلان رغبته في الشفعة، فإن البيع الثاني هو الذي يكون نافذا في حق الشفيع . ولا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني، وفي مواعيد البيع الثاني، وبالثمن الذي ورد فيه، وبالشروط التي تم بها<sup>(2)</sup> .

2 - الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

وإذا رتب البائع حقا عينيا على العقار المشفوع فيه، غير أن صاحب الحق لم يشهر حقه، إلا بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، أو بعد أن شهر الشفيع رغبته في الشفعة، فإن هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفيع

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 9، ص 776، 777 .

فإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه، رهنا رسميا أو حيازيا، أو رتب عليه حق اختصاص، من قبل دائنيه، أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته، ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه، أو قبل أن يشهر الشفيع رغبته في الشفعة، فإن هذا الحق لا يسري في حق الشفيع، ويأخذ العقار خاليا من كل حق.

غير أنه في هذه الحالة فإن الدائن يحتفظ بحق الأولوية، على ما عسى أن يكون قد آل للبائع، من ثمن العقار<sup>(1)</sup>. وهذا ما صرحت به النصوص المختلفة، ففي حق الرهن الرسمي تنص المادة 907 من القانون المدني على أن "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم، ولو كانوا أجروا القيد في يوم واحد". وفي خصوص حق الاختصاص تنص المادة 947 من القانون المدني على أنه "تكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي، ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن من أحكام". وفي خصوص حقوق الامتياز تنص المادة 986 من القانون المدني، على أنه "تسري على حقوق الامتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق".

3 - الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه بالبيع أو الهبة، أو رتب عليه حقا عينيا، كحق انتفاع أو ارتفاق، أو رهنه رهنا رسميا أو حيازيا، فإن هذه الحقوق تسري في حق الشفيع، إذا ترتبت قبل إشهار رغبته في الشفعة. وهو حكم مستفاد من المفهوم المخالف للمادة 806 السالفة الذكر. ومن ثم فإن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه متقلا بهذه الحقوق. غير أنه في هذه الحالة يرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب، أو بالتعويض، إذا صدر تصرف المشتري، بعد إعلانه برغبة الشفيع، في الأخذ بالشفعة، قبل تسجيل هذا الإعلان<sup>(2)</sup>.

4 - الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه، بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

وهذه هي الحالة التي نصت عليها صراحة المادة 806 السالفة الذكر، وهي تقرر أن الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه، من جانب المشتري، لا تكون حجة على الشفيع، إذا تمت بعد إشهار رغبته في أخذ الشفعة. وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه، بعد شهر الشفيع رغبته في أخذ الشفعة، لا يكون البيع الثاني الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، حجة على الشفيع. ويأخذ الشفيع بالشفعة بالبيع الأول بثمنه ومواعيده وشروطه. وهذا لا يمنع إن رأى أن البيع الثاني شروطه أسر، وثمنه أقل، أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول، ويطلبها في البيع الثاني<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص778.

<sup>(2)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص779، 781.

<sup>(3)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص782.

وإذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسمياً أو حيازياً، أو رتب عليه حق اختصاص، من قبل دائنيه، أو حق امتياز يكفل دينا في ذمته، وكان ذلك بعد تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة، لم يكن هذا الحق حجة على الشفيع، ويأخذ العقار خالياً من أي حق. غير أنه في هذه الحالة فإن الدائن يحتفظ بحق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار، فإذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع، ويريد تقاضيه من الشفيع، فإن الدائن الذي قيد حقه، يتقدم على دائني المشتري العاديين، في الثمن الذي يكون في ذمة الشفيع للمشتري<sup>(1)</sup>. وهذا ما صرحت به العبارة الأخيرة من المادة 806 والتي تقول: "على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

<sup>(1)</sup> السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج9، ص783.



# خاتمة البحث

وفي ختام هذا البحث أحسب أنه قد تبين لي من خلال فصوله ومباحثه، أن الشفعة كسبب من أسباب كسب الملك ليست قيّداً على حرية التعاقد، ولا عقبة في وجه سلطان الإرادة، ولا اعتداء على حق الملكية. بل هي تطبيق لمبدأ الإكراه على التعاقد بحق، تحقيقاً للعدل، والمصلحة، ودفعاً للضرر الراجح، وإيضاحاً للحق إلى مستحقه<sup>1</sup>.

فإذا نظرنا فيها نجدها مجرد تحويل للشفعة من المشتري إلى الشفيع، بجميع الشروط والمواصفات، التي تم بها العقد بين البائع والمشتري. وذلك لأسباب موضوعية دعت إليها المحافظة على أسرار الشركاء، من أن يطلع عليها أجنبي عنهم، والمحافظة على حسن المعاشرة بين الجيران. فضلاً عن تفويت مصلحة تقليل الشيع، وجمع ما تفرق من الملك.

وليس في هذا التحويل، أي ضرر يلحق البائع أو المشتري، لأن البائع يصل إلى ما يرغب فيه من عوض، ولا يضره إن لم تكن إرادته حرة في اختيار من اشترى منه العقار. والمشتري وإن أخذ منه العقار، بعد أن اشتراه من البائع فإنه يأخذ تعويضاً عما أنفق من الثمن والمصاريف.

وتعتبر الشفعة من الحقوق المجردة وهي التي لا تقوم بالمال، ولا يستعاض عنها بالمال. وأن الشفيع يجب عليه أن يشفع لملك، ولا يتخذ من حقه في الشفعة وسيلة للمضاربة أو المتاجرة أو المساومة، فإن فعل ذلك سقط حقه.

وكذا لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار ليهبه، أو يتصدق به فإن هذا خلاف مورد الشفعة. كما لا يجوز له الأخذ بالشفعة حتى ولو كان غرضه التملك، والاحتفاظ بالعقار لنفسه، إذا لم يكن له قصد من وراء هذا التملك سوى إنكاء المشتري وإضراره، لأن هذا تعسف في استعمال حقه. وكذا لا يجوز له التنازل عن حقه في مقابل مبلغ من المال، لأن الشفعة شرعت لتنظيم الملكية العقارية، ودفع الضرر عن الشرك، وهذا لا يتحقق إلا باستعمال الحق نفسه، أما اتخاذه وسيلة للرجح والاستغلال، فهذا لا يجوز.

والشفعة يتنازعها جانبان، جانب البيع وجانب الاستحقاق، وإن كان جانب البيع فيها ضعيفاً، لأن البيع نقل ملك بعوض عن مرضاة، والشفعة نقل ملك بغير مرضاة. ولا يملك الشفيع إلا ما تناوله العقد، فهي إذن استحقاق تسري عليه أحكام البيع.

وقد تبين لي في المبحث المتعلق بتكييف الشفعة أنها ليست حقاً لا شخصياً، ولا عينياً، وأنها ليست رخصة، بل هي منزلة وسطى بين الحق والرخصة. أو هي بتعبير القرآني من باب من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، في مقابل من ملك أن يملك.

<sup>1</sup> - الدكتور فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ج 1 ص 562، الطبعة الأولى، 1994م، 1414هـ.

وقد ترتب على ذلك، عدم جواز استعمال الشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة. وعدم انتقالها بطريق الحوالة إلى الغير. وجواز انتقالها بالميراث، لأنها متعلقة بمرافق الملك، وليست مجرد الرغبة والمشية التي تنتهي حتما بالوفاة. وجواز التنازل عنها بعد البيع، لأنها حق ثبت للشفيع فله التصرف فيه كما يشاء، بالأخذ أو الإسقاط، كسائر الحقوق التي يملكها. ولا يجوز التنازل عنها قبل البيع، لأن ذلك يعتبر بمثابة إسقاط حق قبل وجوده، ووجوب سببه وذلك محال.

وقد تين لي من خلال الفصل الأول، أن الشفعة ثابتة في العقار دون المنقول. لأن إثبات الشفعة في العقار والمنقول قد يؤدي إلى تنازع الحقوق في الميدان الواحد، وإلى الاضطراب في تنظيمها، وخاصة بعد التطور الهائل في الحياة وتقيدها، الذي صاحبه تطور مماثل في التنظيم، من الناحية الشكلية والموضوعية.

وأن الشفعة ثابتة في العقار مطلقا، سواء كان قابلا للقسمة أو غير قابل لها، لأن العقار القابل للقسمة إذا طلب أحد الشركاء قسمته، فإنه يجاب إلى ذلك. وأمام تعذر قسمة ما لا ينقسم، فإن الشفعة تكون وسيلة لتقليل الشيع، أو انفراد أحد الشركاء بالعقار كله.

أما معنى العقار فقها فهو كل شيء ثابت ومستقر بجيزه، بحيث لا يمكن نقله دون تلف أو فساد. وهو يشمل الأرض والمباني والنبات، ولا عبدة بمن فصل المباني والنبات عن الأرض، واعتبر العقار هو الأرض فقط.

وكما ثبتت الشفعة في العقار بالطبيعة، ثبتت أيضا في العقار بالتخصيص، وهو منقول بطبيعته رصده صاحبه في عقار يملكه، لخدمة هذا العقار واستغلاله. وقد اتضح لي أن الفقه الإسلامي يعرف نظرية العقار بالتبعية ولا يعرف نظرية العقار بالتخصيص التي يعرفها القانون المدني. ولا شك أن نظرية التبعية أفضل من نظرية التخصيص من جهتين، الأولى أن نظرية العقار بالتبعية تحافظ على طبيعة الأشياء، فلا تجعل من المنقول عقارا، بل يبقى المنقول كما هو منقولا، طبيعة وحكما. ولكن تسري عليه أحكام العقار التابع له. وثانيا فإن نظرية العقار بالتبعية تسبقي النتائج العملية السليمة لفكرة العقار بالتخصيص، وتسبغ منها ما ليس بسليم.

وقد اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، على أن المعادن والحاجر لا شفعة فيها ولا بها، لأنها ملك عمومي لا يأتى للأفراد امتلاكها ملكية فردية، كما هو صريح النصوص القانونية والفقهية.

وإذا رغب الشفيع في امتلاك العقار المبيع بالشفعة، فإنه يجب عليه أن يطالب بكل العقار المبيع، ولا يكفي في طلبه بالمطالبة ببعض العقار فقط. سواء كان الشفيع واحدا أو متعددا، وسواء كان الشفيع في مرتبة واحدة أو في مراتب مختلفة، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد، أو من جميع الشفيعاء، وذلك حفاظا على مصلحة المشتري من تفريق الصفقة عليه. أما إذا كانت الصفقة مفرقة أصلا، كم لو بيعت عقارات متعددة لمشتري واحد، في أكثر من صفقة، أو اشترى مجموعة من الناس عقارا واحدا، في صفقات متعددة، بحيث يأخذ كل واحد منهم نصيبا مفرزا، فإن الشفيع يحق له أخذ الكل، أو أخذ البعض.

أما العقود التي ثبتت فيها الشفعة، فإن الفقه الإسلامي يثبتها في عقود المعاوضات المالية، كالبيع وهبة الثواب والصلح والإجارة. وفي عقود المعاوضات غير المالية، كما لو كان الشفيع مهرا، أو بدل خلع، أو صلحا في دم العمد، أو معة الطلاق، أو أجره طيب أو محامي. وأي سبب آخر لكسب الملكية، إذا كان بغير عوض،

كالميراث والوقف والوصية والصدقة وهبة غير الثواب، لاتبجوز فيه الشفعة. كما لاتبجوز أيضا في أي تصرف شرعي، آخر كالشركة، والمقايضة، والوفاء بمقابل، والقسمة .

ويشترط في البيع حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة، أن يكون موجودا، حتى ولو وقع تعديل في بعض آثاره، كالبيع المقيد . فإن كان غير موجود، كالبيع المعلق والمضاف والباطل أو الفاسد، فلا شفعة فيه . غير أنه إن فات فسخ البيع الفاسد، بتصرف المشتري فيه تصرفا صحيحا، كما لو باعه، أو هدم العقار الذي اشتراه شراء فاسدا، أو أعاد بناءه، فإنه يجوز في هذه الحالة، أخذ الشفعة في هذا البيع، لفوات فسخه . ومتى وجد البيع جاز الأخذ فيه بالشفعة، إذا كان البيع صحيحا نافذا، كعقد البيع النهائي، أو البيع بالعربون، أو البيع المتقابل فيه .

ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي، في أن الشفعة تثبت في البيع والإقالة والعربون، ويضيف القانون ثبوتها في البيع المعلق على شرط واقف، أو المعلق على شرط فاسخ، والبيع القابل للإبطال . ويتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي أيضا في أنه لا تجوز الشفعة في البيع الباطل، وفي الميراث، والوصية، والشركة، والمقايضة، والوفاء بمقابل، والقسمة . ويختلف القانون المدني عن الفقه الإسلامي، في عدم إثبات الشفعة في الصلح، والهبة ولو بعوض .

ويشترط حتى يثبت حق الشفيع في الشفعة، أن يخرج العقار عن ملك صاحبه، خروجا باتا لازما نهائيا لا خيار فيه . فإن اشتمل العقد على خيار من الخيارات، كخيار الشرط أو الرؤية أو العيب، فلا شفعة في هذا البيع . لأن العقار المبيع لا يزال على ملك صاحبه، فكان تملك المشتري حينها مستحيلا فستحيل بذلك الشفعة . أما إن اشتمل العقد على خيار المجلس، فإن الشفعة تثبت في هذا البيع المشتمل على هذا الخيار، لأنه ترجح لدي رأي الملكية والحنفية، الذين أنكروا خيار المجلس . ورأوا أن البيع يصبح لازما بمجرد حصول الإيجاب والقبول .

وإذا توالى البيوع على العقار المشفوع فيه، أخذ الشفيع بأي بيع أراد، فإن أخذ الشفيع بالبيع الأول، رجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن والمصاريف .

وإذا كان القانون المدني لا يعد بالبيع غير المسجل، في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين، أو في حق الغير، فهذا لا ينفي جواز الأخذ بالشفعة في هذا البيع . لأن البيع غير المسجل، عقد صحيح كامل الأركان والشروط . ولا يجوز الأخذ بالشفعة في البيع الذي حصل بالميزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون . أو وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . أو بيع العقار ليكون محلا للعبادة، أو ملحقا بمحل العبادة .

وقد تين لي من خلال الفصل الثاني أن الشفيع في الفقه الإسلامي هو الشريك في الشروع . والشريك في حق من حقوق الارتفاق . وأضاف الحنفية والإباضية الجار . وأن الشفيع في القانون المدني هو مالك الرقبة، والشريك في الشروع، وصاحب حق الاتفاع . وقد اتضح لي أن الفقه الإسلامي والقانون المدني اتفقا على أن الشفيع هو الشريك في الشروع، والجار في حالات معينة . واختلفا في مالك الرقبة، وصاحب حق الاتفاع، ومرد ذلك إلى

نظرية كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني في حق الانتفاع. ففي حين نجد القانون المدني يقر انفصال حق الرقبة عن حق الانتفاع ويعتبر ذلك حقا عينيا. نجد الفقه الإسلامي لا يقر انفصال الرقبة عن حق الانتفاع، إلا استثناء في صورتين اثنتين كلاًهما في الوصية، تشجيعا على أعمال البر في نهاية حياة الإنسان، وفي كلتا هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة ملكا مؤقتا، يؤول دائما إلى ملك تام .

وإذا أراد الشفيع الأخذ بالشفعة، فإنه يجب عليه أن يكون مالكا للعقار المشفوع به، ملكية سابقة على البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة، وأن تستمر ملكيته لهذا العقار حتى يقضى له بالشفعة. وأن تتوفر فيه الأهلية الواجبة، بأن يكون بالغاً عاقلاً راشداً. وأن لا يصدر منه ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه، وأن يكون رضاه غير مشوب بأي تدليس أو خداع، سواء تعلق التدليس بشخص المشتري، أو بمقدار الثمن، أو بقدر العقار المبيع. وأن لا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه، كالنائب عن الغير في بيع مال هذا الغير، والسامسة والخبراء والقضاة والمحامين .

وإذا تعدد الشفعاء وطالبوا جميعاً بالشفعة، اقتسموا العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوي على عدد الأفراد، لا بنسبة ملك كل واحد منهم. وإذا كان مشتري العقار شفيعاً أيضاً، فلا شفعة لبقية الشركاء معه، لاتقاء وجه الضرر، كونه شريكاً قديماً، وليس شريكاً جديداً .

ومن خلال الفصل الثالث تبيّن لي أن الشفعة تثبت بالتقاضي أو بالتراضي. وأن طرفاً الخصومة فيها هما الباع والمشتري من جهة، والشفيع من جهة أخرى. وأن أول خطوة في إجراءات الشفعة، هي علم الشفيع بوقوع البيع. وقد ترجح لدي أن إلزام الباع أو المشتري، بإخبار الشفيع بوقوع البيع، هو الإجراء السليم والاتجاه الحسن، الذي يجنبنا كثيراً من الخصومات والمنازعات. وأن الشفيع إذا علم بوقوع البيع، فأمامه مدة شهر ليعلن عن رغبته في أخذ الشفعة. وأن الباع أو المشتري إذا أعلم الشفيع بوقوع البيع، فيجب عليه أن يقدم له جميع البيانات المحددة للعقار المبيع، حتى يقدم على طلب الشفعة وهو على بينة من أمره. وأن الشفيع أمامه مهلة شهر لرفع دعوى الشفعة والاسقط حقه. وأنه لا يشترط للقضاء بالشفعة إحضار الشفيع الثمن، وإيداعه بين يدي الموثق، بل يرفع دعوى الشفعة، فإذا ما حكم له القاضي بحقه، دفع الثمن بعد ذلك. بل إنه إن عجز عن دفع الثمن في هذه الحالة فإنه يعطى مهلة معقولة لإحضار الثمن، فإن عجز عن توفيره، انفسخ حكم الشفعة، وعاد العقار إلى المشتري .

وتبدأ ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، من وقت البيع في حالة أخذ الشفعة بالتراضي. أما في حالة أخذها بالتقاضي، فإن الفقه الإسلامي في معظم مذاهبه، وبعض رجال القانون المدني، يرون أن حكم الشفعة كاشف للحق وليس منشأ له، أي أن الحكم له أثر رجعي، يبدأ من وقت وقوع البيع .

وقد اتضح لي أن الأخذ بالشفعة هو بمنزلة الشراء الجديد، ومن ثم فإن جميع أحكام البيع تسري على الشفعة. وعليه فإن الشفيع يلتزم تجاه الباع، وقد حل محل المشتري بجميع التزامات المشتري، وهي دفع الثمن وتسليم المبيع. كما يلتزم الباع بدوره تجاه الشفيع بجميع التزاماته كبايع، والتزاماته كبايع هي، نقل ملكية المبيع، وتسليمه، وضمان العرض والاستحقاق، وضمان العيوب الخفية وفوات الوصف .

وبناء على هذا فإن الشفيع إذا أخذ العقار، فإنه يدفع الثمن الذي استقر عليه عقد الشراء، وجميع النفقات والمصاريف. وإذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري مؤجلا أو منجما، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل وذلك التنجيم، إلا بموافقة البائع ورضاه. وهذا ما أخذ به القانون المدني الجزائري والمصري. وإن كنت أرى أن الثمن إن كان مؤجلا تعجل الشفيع أخذ العقار، وكان الثمن إلى أجله، إن كان مليئا ثقة. فإن كان غير ذلك وثق الدين برهن أو كفيل، لكي لا تلزم الشفيع أكثر مما التزم به المشتري، وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والإباضية. وإذا استحق العقار المشفوع فيه، فإن عهدة الشفيع تكون على من تسلم منه العقار من بائع أو مشتري

وإذا تسلم المشتري العقار ثم حدثت فيه زيادة أو نمو، فإن كانت الزيادة طبيعية، فهي ملك للمشتري لأنها نماء ملكه وغلته. وإن كانت الزيادة بفعل المشتري، كما لو بنى بناء أو غرس غراسا، ثم طالب الشفيع بالشفعة، فإن المشتري يكون بالخيار بين قلع البناء والغراس أو ترك ذلك. فإن اختار المشتري ترك البناء والغراس، فإن الشفيع يكون بالخيار بين ترك الشفعة، وبين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء. وقد فرق القانون المدني بين حالة حدوث هذه الزيادة قبل إعلان المشتري بالرغبة في الشفعة، وهنا يكون المشتري بالخيار بين أن يدفع له الشفيع المبلغ الذي أنفقه في البناء والغراس، أو مقدار ما زاد في قيمة العقار، أي أن الشفيع يدفع أي القيمتين أكبر. أما حالة حدوث هذه الزيادة بعد إعلان الرغبة في الشفعة، وهنا يكون الشفيع هو الذي له الخيار في أن يطلب إزالة البناء والغراس على نفقة المشتري، أو أن يسبقي البناء والغراس، ولا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل ونفقات الغراس.

وإذا هلك العقار المشفوع فيه أو تلف، فإن كان ذلك بأفة سماوية، أخذ الشفيع الباقي من العقار بجميع الثمن. وإن كان التلف بفعل الغير، أخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن. وإن كان التلف بفعل المشتري، وكان لمصلحة، أخذ الشفيع الباقي بكل الثمن. وإن كان لغير مصلحة أخذ الشفيع الباقي بحصته من الثمن.

وإذا تصرف المشتري في العقار بعد تسلمه، تصرفات تجب فيها الشفعة ابتداء، كالبيع مثلا، أو تصرفات لا تجب فيها الشفعة، كالإعارة والوصية والوقف، فإن الشفيع بعد أن يحكم له بالشفعة، يجوز له تقض جميع هذه التصرفات لسبق حقه على حق غيره.

وقد ميز القانون المدني بين التصرفات التي تصدر قبل تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة وهذه تكون حجة على الشفيع. وبين التصرفات التي تصدر بعد تاريخ شهر إعلان الرغبة في الشفعة، وهذه لا تكون حجة على الشفيع.

وأخيرا، ومن خلال معاشتي لهذا البحث من أوله إلى آخره، ومن خلال تلك الجولة الرائعة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. يمكنني أن أقول: إن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا يمكن أن يكونا دائما متعارضين، بل يمكن أن يتفقا في كثير من الأمور، وأنه بدلا من أن نعطي ظهرا للشريعة، نعيد صياغتها صياغة جديدة، نؤخذ في الحسبان معطيات العصر ومستجداته، مستفيدين من التقنيات الجديدة في الترتيب والتبويب، ونجعلها مصدر أحكامنا. ولا شك أن الفرق كبير بين أن نجعل الشريعة الإسلامية مصدر أحكامنا، وبين أن

نجعل القانون الغربي هو مصدر أحكامنا . وكما قال السنهوري رحمه الله <sup>(1)</sup>، ففي الحالة الأولى فإننا نكون قد احتفظنا بصلتنا بالماضي، وجعلنا من هذه الصلة أساسا يقوم عليه المستقبل . أما في الحالة الثانية، فإننا نكون قد قطعنا كل صلة لنا بتاريخنا وحضارتنا وأصالتنا، وبدأنا حياة جديدة نكون فيها عالة على غيرنا، نأخذ منه ولا نعطيه . وصدق الله العظيم إذ قال : " وضرب الله مثلا رجلين أحدهما أبكم لا يقدر على شيء وهو كل على مولاه أينما يوجهه لا يأت بخير هل يستوي هو ومن يأمر بالعدل وهو على صراط مستقيم .." <sup>(2)</sup> .

الجمعية الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4 ص 340 .

(2) سورة النحل، آية رقم 76 .

# الفهارس

## أولا : فهرس الآيات القرآنية .

رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة	
235 -	إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن .....
289 -	وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة .....
سورة النساء	
10 -	إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما .....
29 -	يأبى الله أن يترككم بينكم وبينكم بالباطل .....
84 -	من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها .....
سورة المائدة	
40 -	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما .....
103 -	ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام .....
سورة الأعراف	
199 -	خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین .....
سورة هود	
108 -	عطاء غير مجذوذ .....
سورة النحل	
76 -	وضرب الله مثلا رجلین أحدهما أبکم .....
سورة ص	
23 -	وإن كثيرا من الخطاء لیبغی بعضهم علی بعض .....
سورة الملك	
14 -	ألا یعلم من خلق وهو اللطیف الخیر .....

## ثانيا : فهرس الأحاديث والآثار

أ

- إنما الأعمال بالنيات ..... 135 ، 40
- إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة ..... 135
- إذا وقعت الحدود وعرف الناس حقوقهم فلا شفعة ..... 35
- أصاب عمر أرضا من أرض خير، فقال يا رسول الله ..... 158
- إنما جعل الشفعة فيما لم يقسم ..... 135 ، 33 ، 10

خ

- الخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره ..... 133
- الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره ..... 138

ج

- الجار أحق بصقبه ..... 140 ، 138 ، 134 ، 133 ، 11 ، 10
- الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إن كان غائبا ..... 138 ، 134 ، 55 ، 41 ، 11
- جار الدار أحق بالدار من غيره ..... 138 ، 137 ، 134

ش

- الشريك أحق بالشفعة فإن لم يكن له شريك ..... 133
- الشريك أحق من الخليط والخليط أحق ..... 169 ، 133
- الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ..... 37 ، 34 ، 33 ، 11
- الشفعة كحل عقال ..... 208 ، 207
- الشفعة لمن واثبها ..... 207

ق

- قضى بالشفعة فيما لم يقسم ..... 135 ، 9
- قضى رسول الله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين ..... 37



102 ، 41 ، 36 ، 35 ، 33 ، 26 ، 25 ، 10 ..... - قضى رسول الله بالشفعة في كل شركة لم تقسم

134 ، 231 ، 207 ، 135

1 ، 10 ، 33 ، 35 ، 36 ، 39 ، 40 ، 55 ..... - قضى رسول الله بالشفعة في كل ما لم يقسم

140 ، 137 ، 135

## ل

117 ..... - لا تصروا الإبل ولا الغنم

137 ..... - لا ربا إلا في النسبة

40 ..... - لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة

37 ..... - لا شفعة إلا في أرض أو عقار

253 ، 13 ..... - لا ضرر ولا ضرار

35 ..... - لا مكابلة إذا وقعت الحدود فلا شفعة

11 ..... - لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه

## م

58 ..... - من ابتاع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع

62 ..... - من أحيا أرضا ميتة فهي له

113 ..... - من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس فهو أحق به

27 ..... - من ترك حقا أو مالا فلورثته

28 ..... - من ترك مالا فلورثته

57 ..... - من زرع في أرض قوم بغير إذنتهم فليس له من الزرع شيء

117 ..... - من غشنا فليس منا

158 ..... - من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه فيها مع دلاء المسلمين

## ن

100 ، 99 ..... - نهى رسول الله عن بيع العرمان

58 ..... - نهى عن بيع الثمر حتى يزهو

## ثالثًا : فهرس الأعلام

### حرف الألف

- ..... - الأبيض بن حمال ..... 61 ، 60
- ..... - أحمد بن حنبل ..... 10 ، 24 ، 25 ، 28 ، 29 ، 30 ، 33 ، 34 ، 37 ، 39 ، 41 ، 54 ، 61 ، 86 ، 98 ، 99 ، 100 ، 114 ، 116 ، 133 ، 134 ، 139 ، 157 ، 159 ، 174 ، 206 ، 213
- ..... - أبو الأحوص ..... 34
- ..... - أسامة بن زيد ..... 137
- ..... - إسحاق ..... 28
- ..... - أبو إسحاق المروزي ..... 83 ، 162
- ..... - الإسنوي ..... 174
- ..... - أشهب بن عبد العزيز ..... 50 ، 53 ، 56 ، 57 ، 58 ، 74 ، 118 ، 202 ، 204 ، 235
- ..... - أصبغ بن الفرج ..... 58
- ..... - الأصم أبو بكر ..... 9 ، 11 ، 12
- ..... - الأعشى ..... 139
- ..... - أنس بن مالك ..... 11 ، 58 ، 134
- ..... - الأوزاعي ..... 160 ، 205

### حرف الباء

- ..... - الباجي ..... 14 ، 49 ، 50 ، 74 ، 76
- ..... - باقر الصدر محمد ..... 61
- ..... - البخاري ..... 10 ، 11 ، 33 ، 36 ، 37 ، 57 ، 117 ، 134 ، 135 ، 140
- ..... - البزار ..... 207

- 138 ..... البغوي -  
 207 ..... البوصيري -  
 207 ..... البيلماني محمد بن عبد الرحمن -  
 207 ، 37 ، 10 ..... البيهقي -

### حرف التاء

- 134 ، 60 ، 33 ، 11 ..... الترمذي -  
 74 ..... التونسي -  
 139 ، 2 ..... ابن تيمية -

### حرف التاء

- 109 ..... أبو ثور -  
 235 ، 233 ، 210 ، 174 ، 114 ، 39 ، 25 ..... سفيان الثوري -

### حرف الجيم

- 9 ..... جابر بن زيد -  
 9 ، 10 ، 11 ، 33 ، 36 ، 37 ، 55 ، 134 ..... جابر بن عبد الله -  
 135 ، 137 ، 138 ، 139 ، 140 ، 159 ،  
 231

- 135 ، 33 ، 10 ..... ابن جريج -  
 98 ..... ابن جزري -  
 133 ..... ابن الجوزي -

### حرف الحاء

- 10 ..... ابن أبي حاتم -  
 160 ..... الحارث -  
 254 ..... أبو حامد -  
 206 ، 134 ..... ابن حبان -  
 207 ..... ابن حبيب -

- ابن حجر ..... 10 ، 36 ، 106 ، 137
- ابن حزم ..... 9 ، 13 ، 22 ، 25 ، 26 ، 33 ، 34 ، 35 ، 80 ، 102 ، 106 ، 207 ، 234 ، 236
- الحسن البصري ..... 24 ، 28 ، 109 ، 138 ، 160 ، 175 ، 176
- أبو الحسن ..... 24 ، 203
- الحسن بن زياد ..... 265
- الحكم ..... 25
- أبو حمزة السكري ..... 11 ، 33 ، 34
- أبو حنيفة ..... 24 ، 30 ، 34 ، 41 ، 46 ، 52 ، 79 ، 82 ، 93 ، 95 ، 97 ، 104 ، 114 ، 115 ، 116 ، 156 ، 157 ، 161 ، 202 ، 205 ، 211 ، 213 ، 221 ، 223 ، 224 ، 234 ، 237 ، 238

### حرف الخاء

- الخرشبي ..... 16 ، 75 ، 97 ، 99 ، 175
- أبو الخطاب ..... 27
- خليل بن إسحاق المالكي ..... 5 ، 72 ، 75 ، 76
- أبو خيشمة ..... 25 ، 35

### حرف الدال

- أبو داوود ..... 10 ، 60 ، 99 ، 134 ، 135
- الدارقطني ..... 11
- ابن دقيق العيد ..... 36

### حرف الراء

- رافع بن خديج ..... 57
- ابن رشد ..... 40 ، 74 ، 156 ، 253
- أبو رافع ..... 10 ، 11 ، 134 ، 140

9 ..... - الرافعي

### حرف الزاي

135 ، 36 ، 35 ، 33 ، 10 ..... - أبو الزبير

69 ..... - الزحيلي وهبة

17 ..... - الزرقاء مصطفى أحمد

45 ..... - الزرقاني

207 ..... - أبو زرعة

236 ، 234 ، 212 ، 211 ، 161 ، 104 ، 77 ..... - زفر بن الهذيل

3 ..... - الزمخشري

5 ..... - أبو زهرة محمد

135 ، 10 ، 9 ..... - الزهري

35 ..... - زهير بن معاوية

133 ، 28 ..... - الزيلعي

### حرف السين

74 ..... - سحنون بن سعيد التبوخي

39 ..... - ابن سريج

140 ، 134 ، 11 ..... - سعد بن أبي وقاص

135 ..... - أبو سعيد الخدري

135 ، 10 ، 9 ..... - سعيد بن المسيب

140 ، 135 ، 33 ، 10 ، 9 ..... - أبو سلمة بن عبد الرحمن

138 ، 134 ..... - سمرة بن جندب

18 ، 19 ، 30 ، 79 ، 68 ، 114 ، 155 ..... - السهوي عبد الرزاق

227 ، 225 ، 191

139 ..... - سوار بن عبيد الله

175 ، 98 ، 28 ..... - ابن سيرين

### حرف الشين

177 ..... - الشاطبي أبو إسحاق

10 ، 24 ، 30 ، 34 ، 55 ، 60 ، 62 ، 69 ..... - الشافعي محمد بن إدريس

82 ، 99 ، 111 ، 114 ، 116 ، 119 ، 135 ،

157 ، 160 ، 161 ، 169 ، 175 ، 206 ،

208 ، 213 ، 234 ، 235 ، 236

17 ، 92 ..... - شفيق شحاتة

212 ..... - الشبراملسي أبو الضياء

109 ، 114 ، 151 ، 174 ، 205 ، 213 ..... - ابن شبرمة

37 ، 133 ..... - شرح بن الحارث

37 ، 133 ..... - شريد بن السويد

138 ..... - شعبة

28 ، 89 ، 109 ، 174 ، 176 ..... - الشعبي بن عامر

13 ، 37 ، 99 ..... - الشوكاني محمد بن علي

### حرف الصاد

176 ..... - ابن الصباغ

10 ..... - صالح بن أحمد بن حنبل

### حرف الطاء

33 ..... - أبو طاهر

### حرف العين

10 ..... - أبو عاصم

235 ..... - العاصمي

37 ..... - عبادة بن الصامت

11 ، 33 ، 34 ، 37 ..... - ابن عباس

- 3 ..... أبو العباس المبرد
- 151 ..... ابن عبد البر
- 205 ..... ابن عبد الحكم
- 33 ، 9 ..... عبد الرحمن بن عوف
- 34 ، 33 ، 11 ..... عبد العزيز بن رفيع
- 140 ، 138 ، 134 ، 11 ..... عبد الملك بن أبي سليمان
- 40 ، 25 ..... أبو عبيد القاسم بن سلام
- 237 ، 175 ، 9 ..... عثمان البتي
- 158 ، 37 ، 35 ..... عثمان بن عفان
- 156 ، 99 ..... العدوي علي بن أحمد الصعيدي
- 207 ..... ابن عدي
- 81 ، 5 ..... ابن عرفة
- 175 ، 160 ، 134 ، 35 ، 34 ، 33 ، 11 ..... عطاء بن أبي رباح
- 174 ..... ابن عقيل
- 9 ..... ابن عليّة
- 158 ، 99 ..... ابن عمر
- 159 ، 158 ، 35 ..... عمر بن الخطاب
- 139 ..... عمر بن عبد العزيز
- 99 ..... عمرو بن شعيب
- 255 ..... القاضي عياض
- 49 ..... عيسى بن دينار الطليطلي
- 60 ..... ابن عيينة

### حرف الفاء

- 18 ..... فون تور VONTUHR

## حرف القاف

- ابن القاسم عبد الرحمن ..... ،53 ،56 ،57 ،58 ،73 ،74 ،76 ،118 ،  
203 ،207
- أبو علي حنبل بن القاسم ..... ،33 ،54
- القرافي شهاب الدين ..... ،17 ،27 ،37 ،40 ،101 ،204
- القرضاوي يوسف ..... 59
- القرطبي أحمد بن عمر شارح صحيح مسلم ..... 26
- ابن قدامة ..... ،17 ،59 ،61 ،62
- ابن قيم الجوزية ..... ،34 ،139 ،155

## حرف الكاف

- الكاساني علاء الدين ..... ،70 ،75 ،213 ،219
- الكرخي ..... ،203 ،208 ،222

## حرف اللام

- اللخمي ..... ،55 ،74
- ابن أبي ليلى ..... ،25 ،110 ،111 ،151 ،160 ،174 ،208 ،  
237
- الليث بن سعد ..... 89

## حرف الميم

- ابن ماجه ..... ،10 ،58 ،134 ،135 ،207
- ابن الماجشون ..... ،10 ،58 ،97 ،207
- محمد بن سحنون ..... 49
- محمد بن الحارث ..... 207
- محمد بن الحسن الشيباني ..... ،46 ،52 ،71 ،79 ،93 ،115 ،161 ،  
202 ،204 ،208 ،211 ،212 ،213 ،  
214 ،215 ،219 ،234



مالك بن أنس ..... 9، 10، 20، 24، 30، 34، 39، 41،  
46، 53، 56، 58، 62، 70، 76، 78،  
81، 83، 84، 96، 99، 104، 108،  
111، 114، 115، 116، 118، 119،  
135، 157، 160، 161، 171، 176،  
205، 207، 213

الماوردي ..... 9، 49، 60، 96  
المرغيناني برهان الدين ..... 17  
المزني إسماعيل بن يحيى ..... 55، 174  
مسلم النيسابوري ..... 10، 25، 33، 36، 37، 41، 135  
مسور بن مخزومة ..... 11، 134  
مطرف بن مازن ..... 135، 207  
معمر ..... 60، 135  
ابن مليكة ..... 11، 33، 34  
ابن المنذر ..... 9، 11، 73، 169  
ابن المواز ..... 58، 203، 235

### حرف التون

الناطقة الذبياني ..... 3  
النخعي إبراهيم ..... 28، 133، 160، 174  
النسائي صاحب السنن ..... 10، 11، 41، 55، 57، 99، 117، 134  
النووي ..... 26، 34، 71

### حرف الهاء

أبو هريرة ..... 10، 28، 113، 135، 140

### حرف الواو

وكيع بن الجراح ..... 34

33 ..... - ابن وهب

حرف الباء

10 ..... - يحيى بن أبي كثير

..... - أبو يوسف

،161 ،115 ،95 ،93 ،87 ،52 ،46

،218 ،212 ،211 ،210 ،202 ،170

253 ،237 ،234 ،224 ،223 ،222

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## رابعاً : قائمة المراجع والمصادر

### أولاً : مراجع الفقه الإسلامي .

- القرآن الكريم .
- علي بن محمد الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1986م، 1406هـ .
- محمد بن يوسف أظفيش : شرح كتاب النيل وشفاء العليل . دار الفتح، بيروت، الطبعة الثانية، 1972م، 1392هـ .
- أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي : المنتقى شرح موطأ مالك . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1983م، 1403هـ .
- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن البخاري : محاسن الإسلام، ويليهِ مراتب الإجماع لابن حزم، ومعه تقد مراتب الإجماع لابن تيمية . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1983م، 1406هـ .
- محمد باقر الصدر : إقتصادنا، دار الكتاب اللبناني، بيروت، طبعة، 1983م، 1403هـ .
- بدران أبو العينين بدران : الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقد . الناشر مؤسسة شبان الجامعة .
- برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي . مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
- بكر بن عبد الله أبو زيد : فقه النوازل . دار القلم، القبة الجزائر، الطبعة الأولى في الجزائر 1993م، 1413هـ .
- عبد الحلیم بن تيمية : مجموع فتاوى . مكتبة المعارف، الرباط، المغرب .
- عبد الحلیم بن تيمية : الفتاوى الكبرى . دار القلم، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1987م، 1407هـ .
- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الحصص : أحكام القرآن . دار الكتاب العربي، بيروت لبنان .
- ابن جزري : القوانين الفقهية . دار الكتب العلمية، بيروت لبنان .
- أحمد بن حجر العسقلاني : فتح الباري شرح صحيح البخاري . دار المعرفة، بيروت لبنان .
- أحمد بن حجر العسقلاني : شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر . مكتبة الغزالي، دمشق سوريا .
- أبو محمد أحمد بن علي بن حزم : المحلى . دار الفكر .
- حسين يوسف موسى، وعبد الفتاح الصعيدي : الإفصاح في فقه اللغة . دار الفكر العربي، الطبعة الثانية .

- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب : مواهب الجليل شرح مختصر خليل . وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق . دار الفكر، الطبعة الثانية 1978م، 1397هـ

- محمد صديق حسن خان : الروضة الندية شرح الدرر البهية . دار ابن تيمية، البليدة، الجزائر .

- محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي : شرح مختصر خليل . وبهامشه حاشية الشيخ علي بن أحمد الصعيدي العدوي، دار الفكر .

- الشيخ علي الحنيف : الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية . دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1990م .

- خلدون الأحذب : أسباب اختلاف المحدثين . الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1985م، 1405هـ

- خليل بن إسحاق المالكي : مختصر العلامة خليل . دار الشهاب باتنة، الجزائر .

- فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر . دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1988م، 1408هـ .

- فتحي الدريني : النظريات الفقهية . منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، 1993م، 1403هـ .

- فتحي الدريني : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1994م، 1414هـ .

- شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الترحم الكبير . دار الفكر .

- ابن دقيق العيد : أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام . دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

- أبو الوليد بن رشد (الحفيد) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد . دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة السادسة 1983م، 1403هـ .

- ابن شهاب الدين الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي، وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد المعروف بالمغربي . دار الفكر، طبعة، 1984م، 1404هـ .

- وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي . دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1986م، 1404هـ .

- " " : الفقه الإسلامي وأدلته . دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1985م، 1405هـ .

- " " : الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي . دار الفكر، الطبعة الأولى، 1987م، 1407هـ .

- عبد الباقي الزرقاني : شرح الزرقاني على مختصر خليل، وبهامشه حاشية الشيخ محمد البناني . دار الفكر، بيروت، لبنان .
- مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهي العام . دار الفكر دمشق، الطبعة العاشرة، 1968م، 1387هـ .
- جار الله محمود بن عمر الزمخشري : أساس البلاغة . دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة، 1979م، 1399هـ .
- محمد أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد . دار الفكر العربي، القاهرة .
- " " " : التركات والموارث . دار الفكر العربي ، القاهرة .
- " " " : ابن حزم، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة .
- " " " : أبو حنيفة، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة .
- " " " : الإمام زيد، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة .
- " " " : أصول الفقه الإسلامي . دار الفكر العربي .
- أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي : المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان .
- السيد سابق : فقه السنة . دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الخامسة، 1983م، 1403هـ .
- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي . دار الفكر .
- جلال الدين السيوطي : ألفية السيوطي في علم الحديث . دار المعرفة، بيروت، لبنان .
- محمد مصطفى شلبي : أصول الفقه الإسلامي . دار النهضة العربية، بيروت، طبعة، 1986م، 1404هـ .
- " " " : أحكام الموارث . دار النهضة العربية، بيروت، طبعة، 1987م، 1405هـ .
- " " " : المدخل في الفقه الإسلامي، تعريفه وتاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد . الدار الجامعية، بيروت ، لبنان، الطبعة العاشرة، 1985م، 1045هـ .
- محمد بن إدريس الشافعي : الأم ومعه مختصر المزني . دار المعرفة، بيروت لبنان .
- أبو إسحاق الشاطبي : الموافقات في أصول الأحكام . دار الفكر .
- الشيخ محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج . دار الفكر .
- محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار . دار الجليل، بيروت، لبنان .
- إبراهيم بن علي الشيرازي : المهذب . مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاؤه بمصر .
- إبراهيم بن علي الشيرازي : طبقات الفقهاء . دار الرائد العربي، الطبعة الثانية، 1981م .

- تقي الدين عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح : مقدمة ابن الصلاح في علم الحديث . دار الهدى عين مليلة، الجزائر .
- محمد علي الصابوني : صفوة التفاسير . دار القرآن الكريم، بيروت، الطبعة الرابعة، 1981م، 1402هـ .
- صبحي الصالح : علوم الحديث ومصطلحه . دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عشرة، 1981م، 1401هـ .
- محمد بن إسماعيل الصنعاني : سبل السلام شرح بلوغ المرام . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1990م، 1410هـ .
- محمد بن الحسن بن علي الطوسي : النهاية في مجرد الفقه والفتاوى . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1980م، 1400هـ .
- عبد العزيز بن عبد الله : معلمة الفقه المالكي . دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1983م، 1403هـ .
- الشيخ علي الصعيدي العدوي : حاشية العدوي على شرح أبي الحسن المسمى : كفاية الطالب الرباني : لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار المعرفة، بيروت، لبنان .
- أبو بكر بن العربي : أحكام القرآن . دار المعرفة، بيروت، طبعة، 1987م، 1407هـ .
- " " " : عارضة الأحوذني شرح صحيح الترمذي . دار الكتب العلمية، بيروت .
- عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام . دار الكتب العلمية، بيروت لبنان .
- الشيخ محمد عlish : منح الجليل شرح مختصر خليل . دار الفكر الطبعة الأولى، 1984م، 1404هـ .
- الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني : الباب في شرح الكتاب . دار الكتاب العربي، بيروت لبنان .
- شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، ومعه العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرقي، وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى الشهر بسعدي حلي . دار الفكر، الطبعة الثانية .
- موفق الدين بن قدامة، وشمس الدين بن قدامة : المغني ويلييه الشرح الكبير . دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة، 1983م، 1403هـ .
- موفق الدين بن قدامة : عمدة الفقه . نشر مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة .

- شهاب الدين القراني : الذخيرة . دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م .
- " " " : أنوار البروق في أنواع الفروق، المعروف بالفروق . دار المعرفة، بيروت، لبنان .
- يوسف القرضاوي : فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1985م، 1045هـ .
- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن . دار التراث العربي بيروت، طبعة، 1965م .
- ابن قيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين وعباده المرسلين . دار الجيل بيروت، بيروت، لبنان .
- " " " : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية . دار الفكر بيروت ، لبنان .
- أبو بكر بن مسعود الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1982م، 1042هـ .
- مالك بن أنس : الموطأ . دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1983م، 1403هـ .
- سحنون بن سعيد التونجي : المدونة الكبرى . دار صادر .
- محمد بن حبيب الماوردي : الحاوي الكبير، دار الفكر، طبعة، 1994م، 1414هـ .
- محمد بن حبيب الماوردي : الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1990م، 1410هـ .
- عجاج الخطيب : الوجيز في علوم الحديث ونصوصه . المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1989م .
- محمد أديب صالح : لمحات في أصول الحديث . المكتب الإسلامي، الطبعة الرابعة، 1985م، 1405هـ .
- ابن منظور: لسان العرب . دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى جديدة ومنقحة، 1988م، 1408هـ .
- موسى النووي العربي : الموجز في مصطلح الحديث . دار البشير النذير، دمشق .
- فاروق النبهان : الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي . مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1985م، 1405هـ .
- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية، وبهامشه فتاوى قاضي خان والفتاوى البزازية . دار صادر، بيروت لبنان .
- محي الدين بن شرف النووي : المجموع شرح المذهب . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
- محي الدين بن شرف النووي : شرح صحيح مسلم . دار الكتاب العربي بيروت، طبعة، 1987م، 1407هـ .
- أحمد عمر هاشم : قواعد أصول الحديث . دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة، 1984م، 1404هـ .

- أحمد بن يحيى الونشريسي : المعيار العرب والجامع المغرب عن قناوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب .  
دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1981م، 1401هـ
- زهدي يكن : الوقف في الشريعة والقانون . دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1388هـ .
- خير الدين الزركلي : الأعلام . دار العلم للملايين، بيروت لبنان، الطبعة الخامسة، 1980م، 1400هـ .

## ثانيا : مراجع القانون الوضعي .

- القانون المدني الجزائري . نشر ديوان المطبوعات الجامعية، بمساعدة وزارة العدل . 1986م .
- التشريعات العقارية . وزارة العدل، نشر مديرية الشؤون المدنية . 1994م .
- قانون الأسرة . طبع المركز الوطني لوثائق الصحافة والإعلام . 1988م .
- محمد حسنين : الوجيز في نظرية الحق بوجه عام . المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1985م .
- " " : الوجيز في نظرية الإلتزام . المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983م .
- " " : الوجيز في الملكية الفكرية . المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1985م .
- وهبة الزحيلي : العقود المسماة في القانون المدني الأردني والإماراتي . دار الفكر، الطبعة الأولى 1987م،  
1407هـ
- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني . دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة،  
1986م .
- عبد المنعم فرج الصده : مبادئ القانون . دار النهضة العربية، طبعة، 1982م .
- معوض عبد التواب : الشفعة والصورية . مطبعة أطلس القاهرة، الطبعة الثانية، 1990م .



## خامسا : فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
- المقدمة .....	أ
- الفصل التمهيدي : تعريف الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها والنتائج المترتبة على ذلك ....	1
* المبحث الأول : تعريف الشفعة وحكمها وحكمتها وتكييفها .....	3
- المطلب الأول : تعريف الشفعة .....	3
- المطلب الثاني : حكم الشفعة وحكمتها .....	9
- المطلب الثالث : تكييف الشفعة الفقهي والقانوني .....	15
* المبحث الثاني : النتائج المترتبة على تكييف الشفعة الفقهي والقانوني .....	20
- المطلب الأول : التنازل عن حق الشفعة .....	21
- المطلب الثاني : توريث الشفعة .....	26
- الفصل الأول : محل الشفعة وشروط تملكها .....	31
* المبحث الأول : محل الشفعة في الشريعة الإسلامية .....	32
- المطلب الأول : العقار محلا للشفعة .....	33
- المطلب الثاني : مناط العقار الذي ثبت فيه الشفعة .....	39
- المطلب الثالث : ملحقات الأرض ومنتجاتها وثمارها .....	42
* المبحث الثاني : محل الشفعة في القانون المدني الجزائري .....	64
* المبحث الثالث : تجزئة الشفعة .....	70
- المطلب الأول : وحدة الصفقة .....	73
- المطلب الثاني : تعدد الصفقة .....	80
- المطلب الثالث : شفعة الغائب .....	82
- المطلب الرابع : تجزئة الشفعة في القانون المدني الجزائري .....	87
* المبحث الرابع : شروط التملك بالشفعة .....	89
- المطلب الأول : صحة العقد .....	91

- 102 ..... - المطلب الثاني : أن يكون العقد معاوضة
- 113 ..... - المطلب الثالث : خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً
- 118 ..... - المطلب الرابع : الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع
- 122 ..... - المطلب الخامس : الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل
- 126 ..... \* المبحث الخامس : البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة
- 131 ..... - الفصل الثاني : الشفيع
- 132 ..... \* المبحث الأول : من هو الشفيع
- 133 ..... - المطلب الأول : الشفيع في الفقه الإسلامي
- 140 ..... - المطلب الثاني : الشفيع في القانون المدني الجزائري
- 148 ..... - المطلب الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري
- 153 ..... \* المبحث الثاني : شروط الشفيع
- 154 ..... - المطلب الأول : ملكية الشفيع للعقار المشفوع به
- 160 ..... - المطلب الثاني : توفر الأهلية الواجبة
- 163 ..... - المطلب الثالث : عدم رضا الشفيع بالبيع
- 165 ..... - المطلب الرابع : ألا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار
- 168 ..... \* المبحث الثالث : تعدد الشفعاء وتزاحمهم
- 169 ..... - المطلب الأول : تعدد الشفعاء وتزاحمهم في الفقه الإسلامي
- 177 ..... - المطلب الثاني : تعدد الشفعاء وتزاحمهم في القانون المدني الجزائري
- 187 ..... - الفصل الثالث : إجراءات الأخذ بالشفعة
- 188 ..... \* المبحث الأول : إجراءات الأخذ بالشفعة في القانون المدني الجزائري
- 189 ..... - المطلب الأول : إبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة
- 193 ..... - المطلب الثاني : إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق
- 197 ..... - المطلب الثالث : رفع دعوى الشفعة
- 201 ..... \* المبحث الثاني : إجراءات الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي

202	.....	- المطلب الأول : طلب الموائبة
210	.....	- المطلب الثاني : طلب التقرير والإشهاد
211	.....	- المطلب الثالث : طلب الخصومة والتملك
212	.....	- المطلب الرابع : القضاء بالشفعة لا يتوقف على دفع الشفيع الثمن
217	.....	* المبحث الثالث : مقارنة بين إجراءات القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي
220	.....	- الفصل الرابع : آثار الشفعة
221	.....	* المبحث الأول : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه بالشفعة
222	.....	- المطلب الأول : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه في الفقہ الإسلامي
224	.....	- المطلب الثاني : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه في القانون المدني الجزائري
230	.....	* المبحث الثاني : علاقة الشفيع بالباع
230	.....	- المطلب الأول : علاقة الشفيع بالباع في الفقہ الإسلامي
238	.....	- المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالباع في القانون المدني الجزائري
249	.....	* المبحث الثالث : علاقة الشفيع بالمشتري
250	.....	- المطلب الأول : علاقة الشفيع بالمشتري في الفقہ الإسلامي
256	.....	- المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالمشتري في القانون المدني الجزائري
259	.....	* المبحث الرابع : علاقة الشفيع بالغير
261	.....	- المطلب الأول : علاقة الشفيع بالغير في الفقہ الإسلامي
264	.....	- المطلب الثاني : علاقة الشفيع بالغير في القانون المدني الجزائري
266	.....	- خاتمة البحث
273	.....	- فهرس الآيات القرآنية
274	.....	- فهرس الأحاديث والآثار
276	.....	- فهرس الأعلام
285	.....	- قائمة المصادر والمراجع
291	.....	- فهرس الموضوعات