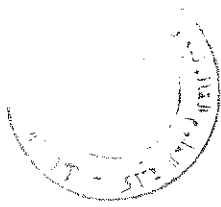


جامعة محمد الخامس

كلية الحقوق

الرباط



الشفعة في القانون المغربي

رسالة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق

أشرف عليها

الدكتور

مامون الكزبري

يقدمها

محمد ابن معجوز

من علماء القرويين

حاصل على دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية

من دار الحديث الحسنية

عن من الأستاذة

الدكتور مامون الكزبري يصفته رئيساً

الدكتور أحمد شكري المصاوي يصفته عضواً

الدكتور أحمد الخليلي يصفته عضواً

تاريخ المناقشة

بسم الله الرحمن الرحيم

اللفظ

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

قبل ان اشرح الاسباب التي حدثت بي الى اختيار موضوع الشفاعة في القانون
القيسي ، اشير اولا الى ان هذا الموضوع يتصل اتصالا وثيقا بالدراسة التي درجست
عليها منذ حياتي حيث تربيت في احضان الدراسات الاسلامية ، ونشأت في جو
اللغة الاسلامي واللغة العربية وعلومها .

تخلقت الى الكتاب وانا طفل صغير . ثم تحولت الى المدرسة الحسينية
التي اسماها المرحوم جلاله الملك محمد الخامس قدس الله روحه لتتضم الس اخواتها
من الفاضل التي انشأها الممارسة الفيورون على قوتهم التي تتمثل في اللغة العربية
والترجمة الاستيعابية ليتحسنا بذلك الاستعمار وتعليمه الرسمي الذي فرض فيه على الممارسة
لغته الأجنبية وتاريخ وحضارة بلاده . وصل على اصال اللغة العربية وتاريخ المغرب ،
كما انه تجاهل العلوم الاسلامية فلم يتعمق على كل تلك العلوم الا بحصص ضئيلة ،
ولم يخصص لها من بين ساعات الدراسة في كل قسم الا وقتا قصيرا جدا لا يكفي
للقين ابناء الممارسة ما هم بحاجة اليه من هذه العلوم التي كانوا وما يزالون
يستبرونها علوما ضرورية لا غنى لهم عنها .

لذلك انشأ الفيورون من الممارسة على لغتهم ودينهم ، والحرصون على الثقافة
الاسلامية مدارس ومناهج للتعليم الحس لتكوين مظهر من مظاهر تحدي الممارسة
لنستعمار ومناهجهم ، ولتفسير عن تمسكهم بلغتهم ودينهم وما يخذ منها من علومهم
وفنون . وقد شجع جلاله الملك المنصور له محمد الخامس هذه المدارس الحرة
وتبناها واولاها اهتماما كبيرا .

ثم التحقت بعد ذلك وانا لم اتم العاشرة من عمري بجامعة القرويين
التي كانت تعتبر عند الممارسة جميعا معقلا للثقافة الاسلامية والعربية ، وحننا
للتوعية المغربية ، وضارا يشجع نوره على المغرب وعلى كثير من البلاد الافريقية منذ
مئات السنين . حيث اُبئت طيلة سا يزيد على احد عشر قرنا على نشر الثقافة
الاسلامية واستمرت في اداء رسالتها بالرغم من الضائقات والمراقيل التي وضعها
الاستعمار في اريقها في اوائل هذا القرن كي يحبط من قيمتها ويقطع من اهميتها .
وهي عراقيل كثيرة اهمها الوقوف في وجهه كل تناويز يراى ان خالده عليها ، وممارسة
كل اصلاح لمناهجها ، وعدم الاهتمام بالمخرجين منها .

ولولا وقوف جلاله المنصور له محمد الخامس بجانب جامعة القرويين والدفاع
عنها ، لتوصل المستعمار الى ما كان يعمل من اجله من القضاء على هذه الجامعة
وهذه صرحيا ، لانه كان يرى فيها المبال الحس لتتمسك الممارسة بدينهم ولا
وحضارتهم .

وقد تقيمت في القرويين خلال اثني عشر عاما علوم الشريعة الاسلامية واللغة العربية على استاذة كلهم من العلماء المتخصصين في هذه العلوم والدراسات . فتشبعت بهذه الثقافة حبيبها وشغفت بها ، وعقدت النية على التخصص في الدراسات الفقهية والنسج في علوم الشريعة ليتسنى لي خدمة هذه الشريعة بالتدريس والبحث والنشر .

ولتحقيق هذه الغاية بادرت بالالتحاق بدار الحديث الحسنية التي اسمها امور المؤمنين الحسن الثاني لتكون مقهدا عالميا للدراسات الاسلامية وعلى راسها علوم القرآن والحديث .

وقد كنت احس انما ما ازال طالبا بجامعة القرويين برغبة ملحة تدفعني الى دراسة القانون تمكن من الاتباع على العلوم القانونية ومناهج تدريسها ، وليتأتى لي ان اقارن بين هذه القوانين وبين ما يقابلها في الفقه الاسلامي ، وبذلك يمكنني خدمة الشريعة الاسلامية عن طريق ابراز مزاياها وفوائدها . ولهذا بادرت فور تخرجي من جامعة القرويين الى الالتحاق بهذه الكلية المنيدة حيث حصلت على الاجازة في الحقوق بعد ثلاث سنوات عانيت فيها كثيرا من المتاعب في التقتبل بين قاس - حيث كنت اعمل استاذنا في القرويين . وبين الرباط حيث مقر الكلية التي كان الحضور اليها ضروريا في كل اسبوع تقريبا لجمع المحاضرات والحضور في الندوات الدراسية .

وبعد هذه السنوات التي قضيتها في الدراسة والاستيعاب ، حان اوان البحث والتأليف . فكان علي ان احضر بحثا لنيل شهادة الدراسات العليا في القانون الخاص من كلية الحقوق . بحثا ثانويا لنيل شهادة الدراسات العليا في العلوم الاسلامية من دار الحديث الحسنية . ثم رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص . ولم يطل بي البحث في كل مسرة عن مواضيع هذه البحوث ، لان الاختيار كان يقع على مواضيع اما من صميم الفقه الاسلامي ، او من القانون الوضعي يصلح للمقارنة بالفقه الاسدي .

وهكذا اقترح علي استاذي الدكتور سامون الكزبي موضوع السبب في القانون المغربي والقوانين اللاتينية والعربية والشريعة الاسلامية للبحث لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص . وقد استجبت لهذا الاقتراح ، وقمت بدراسة مقارنة للسبب في كل من القوانين الوضعية والشريعة الاسلامية .

اما الرسالة التي تقدمت بها لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الاسلامية من دار الحديث الحسنية ، فقد تناولت فيها بالبحث والدراسة انواع اليمينات في الفقه الاسلامي .

واما الرسالة التي اخترتها لنيل شهادة الدكتوراه فموضوعها : الشفعة في الفقه المغربي .

والحقيقة ان الذي اقترح علي هذا الموضوع هو استاذي وشيخي العلامة الموسى
عزال الفاسي الذي اُعْتز به في درسته عليه في ككل من كلية الحقوق ودار البحوث الحزبية
وبانه هو الذي اشرف على رسالتي لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الاجتماعية
كما كان عضوا في اللجنة التي ناقشت رسالتي لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون
الخاص.

وقد قبلت هذا الاقتراح ، وانما اعلم مسبقا ان موضوع الشفعية موضوع واسع ومتشعب
وان جميع اطرافه ، ولم شتاته يحتاج الى جهد متواصل ، وعمل دائب ، وبالمثل
صيرا جيادا ، ووقفا طويلا ، وبالاخص بالنسبة لمن كان مثلي مكلفا باعباء التدريس
في كلية الحقوق ، والقضاء محاضرات في علوم مختلفة من الشريعة الاسلامية ، وما يتطلب
تحضيرها وتجهيزها من مجهودات متواصلة .

وبالرغم من هذه المصوبات فقد قبلت الاقتراح ، وعزمت على دراسة هذا الموضوع
والبحث فيه ، لانني لم اكن متعبدا ولا متسرعيا ، ولانني اهدف من وراء هذه البحوث
اولا وقبل كل شيء الى ابراز قواعد الفقه الاسلامي وادبيته ، ولغت النظر اليه ، والدعوة
الى الاعتياد به والاستفادة منه .

وان الاسباب التي جعلتني ابحت في موضوع الشفعية كثيرة . اعلم
(1) ان نظام الشفعية من اكبر الدلائل على ان الفقه الاسلامي فقه مستقيل
بنفسه ، وله اصوله التي يستمد منها احكامه وقواعده ، ولم يتأثر بأي تأنيون
اجنبي عن مصادر التشريع الخاصة به ، وانما اسم يستمد قواعده من القانون الروماني
خلاف لما يزعمه بعض المستشرقين الذين كتبوا في الحساسة الاسلمية بروج غير متفهمة
وعقلية غير متجردة امثال جولاند (1) ، ودي مور (2) ، واموس (3) من ان الفقه الاسلامي
استمد قواعده من القانون الروماني الذي كان سائدا في الشام والمراة ابان الفتح الاسلامي
وقد اردت ببحتي في الشفعية - التي لم يعرفها القانون الروماني - ان ابين
الدليل على ان الفقه الاسلامي مستقيل بذاته ، وان له نظامه الخاصة به ، وان الفقه
المسلمون لهم مصادر مستقلة تمكنهم من استنباط الاحكام التي تفصل في القضايا التي تعرض
لهم ، كما ان لهم فكرا قانونيا قادرا على الالتقاء الى القواعد المحكمة والحلول النافعة
للمعاكل التي تبرزهم ، وان بإمكانهم ان يقيموا نظريات متكاملة من غير ان يحتاجوا
الى غيرهم .

(2) ان في الشفعية تطبيقات عملية لكثير من القواعد العامة التي تعتبر من الاسس
التي قام عليها التشريع الاسلامي . ومنها :

(1) من كتاب النفقة والشفعية لجولاند نسيير ترجمة الدكتور محمد يوسف موسى وغيره صفحة 29 نشر
الكاتب الموسى سنة 1946 .

(2) تاريخ الفلسفة في الاسلام ترجمة الدكتور عبد البهائي ابنور بيده صفحة 42 .

(3) نقل ذلك عنه الدكتور صبحي محمداني في كتابه فلسفة التشريع في الاسلام صفحة

أ - لا ضرر ولا ضرار . حيث نجد ان الشفعة تعمل على رفع الضرر الذي يلحق الشركاء من دخول شريك جديد عليهم ، ولكن مع العمل على تخفيف الضرر الذي يمكن ان يلحق بهذا الشريك الجديد من انتزاع الحصة التي اشتراها ، وذلك بتحديد المدة التي يحق للشريك خذلهما ان يستعمل حقه في الشفعة ، ثم بتحويل ذلك المقتنع منه عن كل ما صرفه في سبيل الحصول على تلك الحصة .

ب - ان اجتماع ضرر ان ارتكب اخفهما ، اذ لا يخفى ان التزام الشريك الجديد الذي انتقلت اليه الحصة المتاعية بمقتضى بان يتنازل عنها لفائدة الشريك القديم ، يحثه على ان يترك الشريك الجديد الذي يرغب في تلك الحصة . غير ان هذا الضرر غفيل بالنسبة للضرر الذي يلحق الشركاء القدامى من دخول هذا الشريك الجديد عليهم . ولهذا شرعت الشفعة لرفع الضرر الجسيم ، وان كان فيها بمقتضى الضرر على الشريك الجديد .

ج - المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة . ذلك ان من مصلحة الجماعة ان تبقى المشاريع قائمة ومؤيدة لمصحتها ، وتفتيتها قد يؤدي الى تعطيل منفعتها . وكما ان كثرة الشركاء قد تعطل سير المشروع . وفي هذا وذاك ضرر يلحق بالجماعة . نزع الشفعة لرفع هذه الاسرار . ويضحي في سبيل ذلك بمصلحة الفرد الذي هو الشريك الجديد .

(3) ان للشفعة اهمية كبيرة في الحياة العائلية ، والمشاكل التي تنجم عن الشفعة كثيرة متنوعة والقضايا التي تعرض على المحاكم في موضوع الشفعة تمثل نسبة لا يستهان بها من مجموع القضايا المقارمة .

ونظرا الى ان الشفعة في العقار غير المحفوظ تخضع لقواعد الفقه الاسلامي على المذهب المالكي ، كما ان العقار المحفوظ - وان كانت الاحكام المتعلقة بشفعته تقتضية في شهر 19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915 الذي يتضمن الاحكام المطبقة على المقارات المحفظة . الا انه يجب الرجوع الى الفقه الاسلامي والمذهب المالكي على الخصوص في البحث عن القواعد التي لم يتعرض لها هذا القانون - فلذلك كان يجب على القضاة ان يرجعوا الى هذا الفقه للبحث عن الاحكام المتعلقة بالشفعة لمطبقوها على القضايا المعروضة عليهم وليحكموا بمقتضاها .

ونظرا الى ان قواعد الفقه غير مدونة ولا مكتوبة ، فانه يجب على القاضي ان يبحث عن قواعد الشفعة في الكتب الفقهية كلما عرضت له قضية من هذا النوع ، وهذا ما يقتضي منه بحثا مستمرا ، ويستفرد وقتا طويلا وجهودا ضخمة من البحث والتنقيب في بطون الكتب وشايات الاوراق . وقد يعسر عليه الاهتداء الى القاعدة التي يجب تطبيقها على النازلة المعروضة عليه . وقد يجد في الموضوع الواحد عدة اقوال داخل المذهب المالكي ، كما ذكرنا سابقا من ان الفقه الاسلامي متطور متجدد ، ومن مظاهره التطور والتجديد تعدد الاقوال في المسألة الواحدة .

وانني اذ كنت بهذا البحث ، ارجو ان اكون قد وفقت فيه الى ابراز قواعد الشفعية ، وجميعها من مختلف المذاهب السنية المشهورة ، من حنفي ، ومالكي ، وشافعي ، ونحلي . وفي اذات الاخرى التي لم يفسد لها اتساع وتأخذة ، كذهب ابن ابي ليلى ، والبيست ، وغيرهما .

لقد جمعت على الاحكام المتعلقة بهذا الموضوع في مختلف هذه المذاهب ، واسترعت جميع كتب فقه ، وقارنت بين هذه الحجج ، وناقشتها ، وانتقدت منها ما ظهر لي انه متضاد ، كما انني رجحت منها ما تبين لي من البحث والمقارنة انه اول من غيره ، واتى من حيث الدليل .

كما انني بحثت قواعد المتعلقة بالشفعية حسب المذهب المالكي ، وتوسعت في دراسة هذه القواعد ، وتبعتها في اهم كتب الفقه المالكي ومراجعته ، وحاولت ان اعطى ناحية عن هذا الموضوع رئيسة مني في جميع اطراف البحث واستقصاء جوانبه . ثم قمت بدراسة الشفعية في القانون المغربي . سواء منها ما ورد في الظهير الملزم للقواعد العائقة على امفارات المحافظة ، او ما ورد في ظهير الالتزامات والعقود . مع مقارنة هذه النصوص بالنصوص المتعلقة بالموضوع من قوانين البلاد العربية . مصر ، ولبنان ، وليبيا . والعراق . لتبين اوجه الوفاق والخلاف بين هذه القوانين ، وليركننا ان نستفيد منها جميعا عن ارباب الاطراف عليها ، ومعرفة طريقة كل واحد منها في تقنين هذا الموضوع وكيفية ماله .

وقد تمت هذه الرسالة الى قسمين ، قسم للشفعية في الفقه الاسلامي ، وقسم للشفعية في التشريع المغربي ، وبدأت الكتاب على الشفعية بمقدمة تمهيدية ، كما انني انتهيت في نهاية البحث بخاتمة .

تكلت في المقدمة على معنى الشفعية لفظة واصطلاحها ، وعلى اشتقاق هذه الكلمة ، ومبدا تسمية هذا النظام بالشفعية ، وعلى الحكمة من تشريعها . والاضرار التي ترفعها . ثم قسمت الجزء الخاص بالشفعية في الفقه الاسلامي الى بايتين .

في الباب الاول تكلت على اركان الشفعية الاربعة ، وهي الشفيع ، والمشفوع ، والمشفوع منه ، والشفوع به . وخصصت فصلا مستقلا لكل ركن من هذه الاركان .

وفي الباب الثاني جمعت احكام الشفعية ، وذلك في خمسة فصول . تكلت في الفصل الاول منها على موجبات الشفعية واجراءاتها ، وعرضت في الفصل الثاني للحالة التي يتصور فيها الشركاء ورغب الكل او البعض منهم في الشفعية ، وخصصت الفصل الثالث للظهورات التي تلحق الحصة موضع الشفعية عند ما تكون عند المشفوع منه . وتكلت في الفصل الرابع على سقوط حق الشفعية . وعرضت في الفصل الخامس والاخير لقيمة الاحكام المتفرقة مما لا يدخل في المواضيع التي عالجت في الفصول السابقة .

اما القسم الثاني المخصص للشفعية في التشريع المغربي ، فقد قدمته ايضا .

تكلمت في الباب اول مهم على الشفعة حسب الظهير المحدد للتشريع المطبق على
العقارات المحظرة ، وفي الباب الثاني على الشفعة حسب الظهير الالتزامات والعقود .
وما ان شئ من التشييين قد استمد ا اغلب احكامها من الفقه الاسلامي
والفلسفة المالكي على الحيرة .

ولما ان انني بحثت احكام الشفعة في القسم الاول ، فقد كان من الطبيعي
ان لا اترك مرة اخرى كقول القائل والجزئيات المذكورة في ذلك القسم ، ولذلك اكتفيت
بالحالة على القسم الاول لما تعلق اذ مر بمسألة سبق بحثها وسط حكمها . اما
الاحكام التي وردت في شئ اخرين صمد لم يتقدم الكلام فيه ، او كانت طبيعية
التي تهمها ما اخر قواعد الشفعة ، فليس بان تختلف مع القواعد التي تطبق
على العقار غير المحظور ، فقد توسعت في بحثها ، وحاولت ان استقصي جميع تفاصيلها
وما يتعلق بها .

وكذا جرت ا هذا القسم الثاني الس بابين ، خصصت اولهما للكلام على الشفعة
على العقار المحظور ، وثانيهما للشفعة على المنقول .

واجمعت نفس النهج الذي سلكته في القسم الاول . حيث انني تكلمت على كـ
ركن من اركان الشفعة على حدة . ثم على شروط الشفعة واجرائها . وما
يتعلق بها من احكام .

وفي الخاتمة عملت على ابراز قيمة الفقه الاسلامي ، واشدت بالمجهودات التي قام بها
المصنف المملون عبر القرون لبناء نظرية متكاملة لنظام الشفعة ، ثم بينت كيف ان الدراسة
المقارنة للذات الفقهية تساعدنا على ما يمكن ان يكون في بعض المذاهب من نقص . ثم
استخرجت من المقارنة بين المذاهب ، ان اغلب الاحكام التي يسير عليها مذنبنا المالكي
مستمد من المنفعة الصحيحة ، وموافق للقواعد الشرعية ، وان فقهاء هذا المذهب توفقوا - اكثر
من غيرهم - في استنباط الاحكام التي تحقق ما يسمى اليه الاسلام من العدالة
والانصاف ، ورفق الضرر بجميع الوسائل ، وبينت ان ذلك لا يمنعنا من الاستفادة من الاحكام
التي توصل اليها فقهاء المذاهب الاخرى ، كما بينت ان المصلحة تقتضي في بعض
الحالات ما يتفق القول الضعيف به من الراجح او المشهور .

مقدمة تجميعية

قبل الشروع في بحثنا في الشفعة ، نكلم على معنى الشفعة في اللغة وفي الفقه ، وعلى دليل ثبوتها وحكمة مشروعيتها ، والأثار التي شرعت الشفعة لرفعها .

(1) الشفعة في اللغة

جاء في لسان العرب : الشفيع خفف تضرع وهو الزوج ، تقول : كان وشيعرا فشفعته شفعا ، وشفيع الزوج من المند شفعا صيره زوجا ، ثم قال : والشفعة والشفعة (بسم الشيعين و شين الفاء وتحتها) في الدار والأرض : القضاء بحسبها لصاحبها .

وقال التنيسي في تكملة الشفعة : كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع مسج منزل أتاه رجل فشفع إليه ثوبا بضاع ثمنه وجعله أولى بالبيع ممن بعده . فسويت شفعة ، وصفي اليها شفعا . (1)

اشتقاق كلمة الشفعة .

يرى علماء اللغة أن كلمة الشفعة مشتقة إما من الزيادة ، أو من الضم ، أو من الألفاظ . جاء في لسان العرب ما يلي : شغل أبو المباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة ، فقال الشفعة الزيادة ، وهو أن يشفعك ممما تطلب حب حتى يضمه إلى ما عندك فتزیده وتضمه بها أي أن تزيده بها أي أنه كان وشرا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به ثم قال : وهي مشتقة من الزيادة ، لأن الشفيع يضم الهييع إلى ملكه فيشفعه به ، كأنه كان واحدا وشرا فصار زوجا شفعا .

وقال ابن العربي : الشفعة لما كانت في العربية عبارة عن ضم شيء واحد إلى شيء آخر فيكونان اثنين ، كان الشريك بضمه إلى نفسه نصيب شريكه كان شافعا ، وكانت شفعة أي شفعة واحد وتشيعه به الوحدة . (2)

وقال الرافعي : الشفعة مأخوذة من نولك شفعت كذا ، أي إذا جعلت شفعها بضمه ، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه . يقال أصبل الكلمة التوسية والأمانسة . ومنه الشناعة والشفيع ، لأن كل واحد من التوسين يقوى بالآخر . ومنه شاة شافع النبي صفها ولدها لتقويتها به . (3)

(1) لسان العرب لابن منظور . مادة شفيع .

(2) رسالة الأخو في شرح الأسماء العربية في جزئ 6 صفحة 130 .

(3) فتح السري من الرجز لمحمد الكريم محمد الرافعي جزئ 11 صفحة 362 .

تبدل بمعنى النصوح الواردة في كتب الفقه وفي الفقه على ان الشفعة كانت معروفة عند العرب قبل الاسلام * وانهم كانوا اذا اراد شخص بيع عقاره او نصيبه في عقار اناه جاره او شريكه يوجبون ان يبيعه له . فاذا لم يعلم الجار او الشريك بالبيع الا بعد وقوعه فانه يتوجه الى المترو ويترجعه ليتنازل له عما اشتراه . وللتدليل على ما ذكرنا نمسك هذين النصين اذ يتبين :

(1) قال القتيبي في تفسير الشفعة : كان الرجل في الباطنية اذا اراد بيع منزل اناه رجلا فشفع اليه نوبيا يباع * فبشره ووجهه اولى بالبيع ممن يملك سببه . فسميت شفعة * وسمي نوبيا نوبيا (1)

(2) قال ابن رشد في المقدمات : والاصل في تسميتها بذلك (الشفعة) هو ان الرجل في الباطنية كان اذا اشترى حائلا او منزلا او قصبا من حائط او منزل * اناه الجار او الشريك فشفع له في ان يبيعه اياه ليصل له الملك او يندفعه عنه التمسر حتى يشفعه فيه * فسمي بذلك شفعة * وهي الاخذ فبشره والمأخوذ منه مشفوعا عليه . (2)

(2) الشفعة في الفقه

عرف الفقهاء الشفعة بحدّة شاريف * نمسك منها التعاريف الآتية :

(1) الشفعة انتقال حصة شريك الى شريك كانت انتقلت الى اجنبي بمثل الموضع المسمى (3)

(2) الدفعة استحقاق شريك اخذ بيع شريكه بفضله . (4)

(3) الشفعة اخذ شريك من تجدد ملكه اللزم اختيارا بمعاوضة عقارا بمثل الثمن او قيمته او قيمة الشقن (5)

(4) الشفعة اخذ الشريك حصة شريكه جبرا بشراء (6)

(1) لسان العرب مساهمة شفعة .

(2) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل من مخط الرقعي المعروف بالخطاب . جزء 6 صفحة 310 .

(3) نيسل الاوطار للأمام الشوكاني ج 5 صفحة 331 .

(4) هذا التعريف لابن عرفة . الزرقاني شرح مختصر خليل جزء 6 صفحة 169 .

(5) حاشية بناني على الزرقاني . ج 5 صفحة 169 .

(6) ابن الحلي سبب ذكره الشافعي بنانسي في المرجع السابق .

وهو أخذ على التعريف الأول انه يتكلم على مال الشفعة ونتيجتها التماسي
 هي انتقال موضوع الشفعة من يد الاجنبي الى يد الشريك الذي استعمل حق الشفعة.
 في حين ان المقصود بالتعريف هو بيان حقيقة وما هيمة الشفعة التي نتج عنها انتقال
 النقص من ملك المشتري الى ملك الشريك الذي استعمل الشفعة . كما يؤخذ عليه انه
 يفسد ان الشفعة لا تكون الا بمناسبة انتقال النصيب الى شخص اجنبي ، مع انه سيأتي
 ان الشفعة تثبت للشريك حتى عند ما ينتقل نصيب احد شركائه الى شريك آخر .
 اما التعريف الثاني فهو وان كان يتكلم عن حقيقة الشفعة ، فينص على ان الشفعة
 هي اعطاء الشريك الحق في ان يأخذ النصيب الذي باعه شريكه مقابل ادائه لثمنه ،
 الا انه لا يعتبر تعريفا جامعاً ، لانه قاصر على صورة واحدة وهي التي يكون فيها
 المشتري ادى للبايع ثمناً (اي نقوداً) مقابل حصوله على النصيب المشفوع . وقد ينشأ من
 هذا ان الشفعة لا تكون الا في هذه الصورة . مع انه سيأتي لنا ان الشفعة تثبت للشريك
 بمناسبة انتقال نصيب شريكه الى شخص آخر ، سواء كان ذلك في مقابل نقود ، او شيء
 معين له قيمة ، او غير ذلك من اوجهه المماثلة .

اما التعريفان الاخيران فهما متقاربان ، لانهما ينصان على ان الشفعة
 هي ان يأخذ الشريك نصيب شريكه في عقار عند ما ينتقل الى شخص آخر
 بسبب منازعة يصد ان يؤدي للمشتري مثل او قيمة الثمن ، ويتضح ما اذا كان قد دفع
 ثمنه مثلياً او قوماً ، او يؤدي له قيمة ذلك النصيب المشفوع ان كان قد حصل عليه مقابل
 شيء لا يمكن تقديره كما اذا دفعه الشريك لزوجته صداقاً .

ونأثر الى ان التعريف الثالث اوسع التعاريف ويشتمل على بعض التفاصيل
 فمن الاولى ان نلقي عليه بعض الايضاحات :

(أ) اخذ شريك : يعني ان الشفعة هي ان يستحق الشريك اخذ نصيب
 شريكه بعد ان ينتقل الى شخص آخر . وهذا يعني ان الشفعة لا تثبت الا للشريك ،
 ولا يستحقها غيره كالجار ، وهذا هو مذهب الاصحاب مالك ، كما سيأتي .

(ب) ممن تجدد ملكه : هو الذي انتقل النصيب اليه ، فملكه بعد ان لم يكن
 في ملكه ، ولذلك يعتبر انه داخل جديد لملكه المقار المشترك .

(ج) الشفعة : يعني ان يكون هذا الداخل الجديد قد انتقل اليه ملك
 النصيب بصفة نهائية . وسيأتي انه اذا كان ما يزال لم ينتقل اليه الملك بصفة
 نهائية ، وذلك كالمشتري بشرط الخيار ، فلا شفعة فيه الا بعد ان يقرر المشتري الشراء
 نهائياً .

(د) اختيارية : يعني ان الشفعة ليست واجبة في حق الشفيع
 وانما هي اختيارية ، فعند ما ينتقل نصيب شريكه الى آخر عن طريق المعاوضة
 يكون له الحق في ان يأخذ بالشفعة او يتركه لمن انتقل اليه .

(هـ) بمعاوضة : أي أن الشفعة لا تكون للشريك إلا عندما ينتقل نصيب شريكه إلى آخر عن طريق المعاوضة . سواء كانت في شكل بيع أو في شكل مقايضة ، أو عنه ما يدفعه مالكه في صداق مثلاً أو تصويفاً عسناً ضرر الحقة بشيئ .

وهذا يعني أن الشفعة تكون : فهي كل معاوضة . ولا تكون في غير المعاوضة كالهبّة والصدقة .

(و) عقساراً : يعني أن الشفعة هي أن يأخذ الشريك نصيب شريكه في العقار بمناسبة انتقال ذلك النصيب إلى الغير . وهذا يعني أن الشفعة لا تكون إلا في عقار ، ولا تكون في غيره من المنقولات ، وهذا هو مذهب المالكية .

(ز) بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشئ : بمعنى أن الشريك لا يستحق الشفعة إلا إذا دفع المشفوع منه ما خرج من يده بمناسبة حصوله على النصيب المشفوع .

(1) فإن كان قد أدى نقوداً ، وهذا هو الخالص . فإن الشفيع يجب أن يؤدي له مثل مسماً له .

(2) وإن كان قد حصل على ذلك النصيب بمقابل شيء معين ، كما أن حصل عليه بمقابل قطعة أرض ، أو سيارة ، أو كتب ، أو مقابل عمل قام به لصاحب ذلك النصيب ، فإن على الشفيع أن يؤدي للمشفوع منه قيمة ذلك الشيء الذي دفعه المشفوع منه مقابل حصوله على النصيب المشفوع ، بأن تقوم قطعة الأرض أو السيارة أو الكتب التي دفعها للحصول على ذلك النصيب ، كما يقوم العمل الذي قام به المشفوع منه للشريك مقابل حصوله على ذلك النصيب ، ويؤدي الشفيع قيمة ذلك .

(3) أن يؤدي قيمة النصيب نفسه ، وذلك كان يدفع الشريك نصيبه من العقار صداقاً لزوجته ، فحينئذ يقوم ذلك النصيب ويؤدي الشفيع قيمته مقابل شفيعته .

(4) أن يؤدي القدر الذي عينه المخرج للشيء الذي دفع الشريك نصيبه في العقار ، وما عنه ، وذلك كأن يقطع شخص يملك شخصاً شمس يدفع له نصيبه في عقار بمثل التصويف الذي يستحقه عن هذا الضرر . فإن الشفيع يأخذ ذلك النصيب بمثل أن يؤدي القدر الذي حددته المخرج في التصويف عن قطع المصنف الديانة .

ونشير أخيراً إلى أن بعض الفقهاء (1) حاولوا أن يتقدموا استعمال كلمة (أخذ) في تعريف الشفعة ، لأنها تفيد أن الشفعة هي أن يأخذ الشريك النصيب المشفوع بالفصل ، أن طبيعة الشفعة وحقيقتها ليست هي الأخذ بالفصل ، وإنما هي استحقاق

الأخذ ، أي أن يثبت للشفيع الحق في الاختيار بين أن يأخذ نصيب شريكه الذي انتقل إلى شخص آخر ، أو لا يأخذه . إذ أن هذا الاختيار هو ما يعنى بالشفعة . وليست هي الأخذ نفسه .

ولكن يرد على هذا الانتقاد بان الشريك الذي يتخلص شريكه عن نصيبه في العقار الشخصي¹ اخر يكون له الحق في ان ياخذ ذلك النصيب اولا ياخذه ، فاذا اخذ من يد من انتقل اليه ، فانه يكون قد استحصل حق الشفعة ، وان تركه بمسند ذلك الشخصي فانه لا يكون قد استحصل حق الشفعة . وهذا يعني ان الشفعة هي الاخذ بالنقل . والدليل على ذلك هو ان الشريك الذي يترك النصيب بيد من انتقل اليه ، لا يمس تركه هذا شفعة . وانما يسمى تركا للشفعة ، اي انسه لم يستحصل حقه في الشفعة الذي سواخذ النصيب من يد من انتقل اليه .

الشفعة على خلاف القياس .

القاعدة العامة في الشريعة الاسلامية الخراء تقتضي بانه لا يسلب شخص حق الملكية الا برضاه . وانه لا يجوز انتزاع هذا الحق جبرا عن صاحبه . وتلحق هذه القاعدة يقتضي انه لا ينزع الحق الذي آل الى المالك الجديد من يده الا باذنه . وهذا يعني ان الشريك لا يحق له ان ينزع ذلك القس من يد مالك الجديد . الا ان الشارع استثنى من هذه القاعدة حكم الشفعة ، حيث اعطى الحق للشريك في ان يشفع نصيب شريكه ويضمه اليه وينزعه من يد من اشتراه وان لم ير هذا المشتري بالتنازل عنه . لما في تكوين الشريك من الشفعة من المصلح التي ترجح على صلاحية المشتري الجديد .

(3) دليل ثبوت الشفعة

الشفعة مشروعة وثابتة بالسنة والاجماع . ذلك انه وردت عدة احاديث تسند على ان الشريك في العقار يستحق الشفعة عند ما يؤول نصيب احد شركائه الى مالك جديد بمسوة . ومن هذه الاحاديث ما ورد في صحيح البخاري وغيره ولفظه : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الارق فله شفعة) فهذا الحديث صريح في ان النسي صلى الله عليه وسلم حكم بالشفعة للشريك في العقار .

واستند العلماء الى هذا الحديث وغيره فاجمعوا على استحقاق الشريك في العقار للشفعة وجرى العمل بها في جميع المقصور وفي كل الاقطار الاسلامية⁽¹⁾ حيث اعترف جميع المسلمين بحق الشريك في ان يحصل محل الشريك الجديد الذي آل اليه نصيب الشريك القديم في العقار بمقتضى الشراء او غيره من عقود المعاوضات ، وكذلك اعترف الفقهاء بالشفعة ونظموا قواعد لها وبينوا شروطها والاجراءات التي تتبع بمناصفة استكمال الشريك لحقه في الشفعة .

(1) اقدمت سوريا سنة 1949 على الناء نظام الشفعة .

ولم يخالف في ثبوت الشفعة الا علم واحد من علماء الاسلام هو الاصم ، فانه قال بان الشفعة لا تثبت للشريك . لان فيما اصراراً بآداب الامانة ، ذلك ان الشريك السني يملك نصيباً في عقار ويريد بيع نصيبه ذاك ، فيحذر عليه ان يبيع مخرماً له ، لانسه لا يقبل احد ان يشتري ذلك النصيب ويحظر بطاله مع علمه ان من حق الشريك ان يشتريه منه ، كما ان هذا الشريك نفسه قد تاخر عن شراء نصيب شريكه لانسه يعلم انه ليس هناك من ينافس عليه ، فيرى ان من مصلحته ان يظهر عدم رغبته في شرائه الى ان يقبل مالكه بيمه له بشئ بخصم ، وفي كل ذلك ضرر على الشريك ولهذا لا تثبت الشفعة للشريك .

ويجاب على هذا بان الشريك يمكنه ان يبالغ بالخروج من الشركة عن طريق المقاسمة فيما اذا حصل له ضرر من الشركة ، او علم انه لن يجد مخرماً لنصيبه الشائع ، ويمكنه بعد ان يتبين نصيبه ويصبح مخرماً ، ان يبيعه ، ولن يضاف المشتري حينئذ من الشفعة ، لانها لا تثبت في العقار المقسوم .

على ان ما ذكره العالم الاصم يخالف الواقع الذي يشهد بان الشركاء يبيعون نصيبهم الشائع ويبيعون دائرته من نصيبه منهم ، مع علم المشتري ان للشريك الحق في الشفعة ، لان استكمال الشريك لحقه في الشفعة ليس حقاً وانما هو احتمال ، وكثير من الشركاء لا يستعملونه لسبب من الاسباب ، كان يزعمه في ذلك النصيب وراه غير ذي نائدة بالنسبة اليه ، او لكونه فقيراً لا يتوفر على المال الذي يجيب ان يؤديه للمشتري مقابل الشفعة ، او انه لا يرى ضرراً في ان يصبح المشتري شريكاً له وسوق هذا ذاك ، فان احاديث عديدة وردت في ثبوت شفعة ، ومنها ما رواه البخاري ومسلم . كما ان العلماء الذين كانوا قبل الاصم اجمعوا على مشروعية الشفعة . وهذا وحده كاف في رد كلام القسيس المذكور (1)

فان النقطة برون ان المنفوع من الشفعة افضل من المطالبة بها ، الا اذا امتدت حاجة الشريك اليها ، وكان ترك استكمالها يؤدي الى محبة ، كما اذا كان المشتري مشهوراً بالفجور ولا يمكن دفع اداء الاعن طريق استكمال الشفعة ضده ، فتصبح واجبة حينئذ (2) .

(4) حكمة مشروعية الشفعة .

لا شك في ان الشفعة شرعية لصلحة ، ولم تشرع عيباً . وقد اتفق العلماء على ان الشفعة شرعت لازالة الضرر عن الشركاء . ومن المعروف ان الاسلام عمل على رفع الضرر عن المكلتين ، ومن مبادئه انه اذا اجتمع ضرر ان ارتكب اخفهما .

(1) المتن لابن قدامة . جزء 5 صفحة 460 .

(2) تحفة الحبيب سبب 136/3 .

وتفسيره أولا الى ان حالة الاشتراك في الملك لا يمكن منعها او تفاديهما ،
لانها تحصل عن ارق مختلفة ، ومنها ما هو اختياري ، كما ينشأ اثنان او اكثر
على شراء عقار على وجه الشركة بحيث يصبح كل واحد منهم مالكاً لجزء منه
شائع في العقار كله ، اي فير طائر ولا مفرز ، ومنها ما هو غير اختياري ، وذلك
كما هو الحال في الوصية ، حيث يوصي شخص بعقار او بمقتول يملكه لشخصين
او اكثر ، فيصبح الموصي لهم مالكين لذلك الشيء الموصى به على وجه الشركة
والرياع . وكما في الارث حيث يموت الشخص ويترك ماله لورثته الذين يصبحون
مالكين للشركة على وجه الشياء .

ومن المسلم به ان الشركة فيها ضرر ، لان الشركاء يتمدى بعضهم على
بعض ، كما قال تعالى : (وان كثيرا من الخلقاء ليغشي بعضهم على بعض) (1)
كما ان المقار المشترك لا ينتفع به نفس المنفعة التي ينتفع بها من العقار
غيرا لمشارك ، نظرا لتزاحم الشركاء ، وما ينتج عن ذلك من المضايقات الشديدة
تقع بينهم .

واذا كان يمكن انهاء حالة الشروع ، اما عن طريق قسمة المال المشترك
حيث يختص كل شريك بجزء معين يصبح ماله ملكية مفردة . او عن طريق
تصفية ذلك المال حيث يباع ويوزع ثمنه على الشركاء على قدر نصيب كل واحد منهم .
الا ان لكل من الرايقتين ضار لا يمكن التغاضي عنها .

ذلك ان القسمة تحتاج الى مصاريف واجراءات عديدة ، كما انها تحتاج الى
وقت يسير او يتأخر حسب المناسبات ، كما ان قسمة المال المشترك تقلل اهميته
في كثير من الاحيان ، وتقلص من قيمته ، وتجلبه اقل نفعا . ثم ان قسمة
المال ، ونسوما المقار منه ، وما ينتج عن ذلك من اختصاص كل شريك بجزء معين
منه ، يؤدي الى حرمان الشركاء مما كانوا يتمتعون به من الانتفاع بالمال المشترك
كامله والاستفادة من جميع موائمه واجزائه ، كما يؤدي ذلك الى اضطراب كل شريك الى
احداث موانع خاصة به يصرف فيها ماله كمن في غنى عن صرفها لويقي المال
غير مقسم .

واخيرا فان كثيرا من اموال المشتركة يستحيل قسمتها قسمتها عينية
وذلك مثل السيف ، والدكان الذي يفسر ، والثوب المتوسط .

وهناك اموال وان كان يمكن قسمتها قسمتها عينية ، الا ان ذلك يؤدي الى تفسير
بابعتها ، وذلك مثل الرحى ، او يجعل قيمتها تقل عن القيمة التي كانت لها قبل
القسام ، وذلك مثل الحصان .

فان الرحى يمكن قسمتها بتجزئة ارضها واجبارها وما فيها ، ولكن ذلك يغير
ابعتها ويجعل كل جزء منها غير صالح للاستعمال كرحى .

كما انه يمكن قسمة الحصص ، لانه يتكون من عدة مرفق يكمل بعضها بعضا ، لكن قسمته وفصل بعضها مرفقه عن بعض ، كتجزئته الى قسمين مشابها يؤدي الى حط قيمته بحيث تصبح قيمة كمل نصف منه اقل من نصف القيمة التي كان الحاصل يساويها قبل قسمته .

كما ان تصفية المال المشترك عن طريق بيعه ، يؤدي الى اخراج ذلك المال عن ملكية الشركاء بغير رضائهم وحرمانهم من الانتفاع به . كما انه قد يباع بثمن بخس ، وقد يحصل الشريك على نصيبه من ثمنه قسما يكفيه لشراء ما يحوز به ذلك المال الذي يوسع رقعا عنه ، فيعثر ذلك الثمن وتنفوت عليه التصفية التي كان يحصل عليها من نصيبه في المال المشترك .

فلذا تفادى المشرع هذه الاضرار ، وذلك عن طريق تضييقه للشفقة التي تحصل على اثناء حالة الشك من غير ان ترتب عنها هذه الاضرار التي ترتب عن انهاء الشك بالقسمة او التصفية .

وهكذا يتبين لنا ان الشفقة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء ، لان الشريك الذي يسمح حصته الى شخص اخر ، يدخل على شريكه او شركائه شريكا اخر لا يدرون هل يهتم او يضر بهم ، ولا يعلمون هل يستمر هذا الدخيل الجديد في الشركة او يطلب القسمة او التصفية . ولذلك اعطى الشارع للشريك الحق في ان ينزع من المشتري الجديد النصيب الذي اقتراه في المال المشترك مقابل ان يرد له جميع ما صرفه في سبيل الحصول على ذلك النصيب .

وهذه الوسيلة ستحصل على رفع الضرر عن الشركاء ، كما اننا سنحصل على التقليل من الزكوة وانما لنا عائد او آجلا . كما اننا لن نلحق ضررا بالشريك البائس ولن ندخل ضررا كبيرا على المشتري .

ذلك ان البائع اختار بعض اراءه الخسري من الشركة عن طريق تفويت حصته لغيره ، والذي يضمنه هو الحصول على مقابل تلك الحصة ، ولا يضمنه هل يفي تلك الحصة بيبك من انفسه له او تنقل الى شركائه بسبب استعمالهم لحصص الشفقة .

كما ان المشتري لا يلحقه الضرر من الشفقة ، لانه اشترى ذلك النصيب وهو يعلم ان للشركاء الحق في ان يستردوه منه . كما انه سيحصل على كمل ما صرفه في سبيل الحصول على ذلك النصيب .

ونحصر الضرر الذي يمكن ان يلحق المشتري من الشفقة ، في ان ما اشترى برغبته ليحقق به مصلحة سينزع منه بالرضم عنه ، وستفوت عليه المصلحة التي اراء تحقيقها بواسطته .

وهذا الضرر اقل بكثير من الضرر الذي يلحق باقي الشركاء من الزامهم بقبول هذا الدخيل الجديد عليهم . زيادة على ما قلناه من ان هذا المشتري كان يعلم

انه يخطر في هذا الشراء ، وانه يمكن للشركاء ان ينتهكوا منه ما اشتراه عن طريق الشفعة .
اي انه لا يخل على تحصل هذا الخطر ، ولذلك لا يمكن ان يقال انه يتضرر من الشفعة مادام انه
تيسر الشراء على هذا الاساس .

(5) الاضرار التي شرعت الشفعة لرفعها .

وهكذا يتبين لنا ان الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء . وقد ثار نقاش بين
الفقهاء حول الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعها . ووجد في هذا الصدد الآراء الآتية :
(1) ترى ائمة من الفقهاء ان الشفعة شرعت لرفع الضرر الناتج عن تجزئة المال
المشترى . وذلك اننا ذكرنا ان القسمة العينية للمال تؤدي الى كثير من الاضرار ومنها
ان الشريك الجديد قد يطلب القسمة فيضرر الشركاء منها ، فقد شرعت الشفعة لخراج هذا
الضرر الجديد ، وذلك يرتفع عن الشركاء القدامى الضرر الذي ينتج عن قسمة ذلك المال
المال المشترك ، وبناء على ذلك فمن النابض ان لا تكون الشفعة الا في الاموال القابلة
للقسمة العينية ، لانها هي التي يخشى الشركاء من ان يطلب الشريك الجديد بالشفعة
ويستجاب لطلبه ، اما الاموال التي لا يمكن قسمتها قسمة عينية كالسفينات والحمام والرحى
فلا تثبت فيها الشفعة ، لانه لا يخشى فيها من ان يطلب الشريك الجديد قسمتها ، نظرا
لعدم تلك القسمة .

ولذا فان اصحاب هذا الرأي يقولون بان الشفعة لا تثبت الا في الاموال التي يمكن
قسمتها (1) قسمة عينية .

(2) يرى الفقهاء المكيون ، واصل الظاهر ، ان الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركاء ،
ذلك ان الشركة ضرر كما بينا سابقا . ومن المصلحة ان نعمل على رفع هذا الضرر
بوسيلة لا تضر فيها . وانصب هذه الوسائل هي ان نطلي الحق للشريك في ان يشفع
ما باعه شريكه لنفسه ، فاذ بهذه الوسيلة تضمن رفع ضرر الشركة من غير ان نشاء
الى قسمة ذلك المال ، او ارقام بعض الشركاء على الخروج من الشركة ليختص احد هم بكسب
المال المشترك ، كما في القسمة من الافرار ، ولما في ارقام الشركاء على الخروج من الشركة
لفائدة احد هم الذي سيختص بالمقار من ظلم اولئك الذين يرفعهم على الخروج من الشركة
وحماية من يقيس ما لكما للمقار وحده ، وبذلك الشفعة فليس فيها ضرر ، وبواسطتها
يتمزل الاشتراك (2) .

(1) اعتمد الموقعين من 121/2 .

(2) نفس الموضع .

و حساب هذه النافذة يرون ان الشفعة تثبت في كل مال مشترك عقارا كان او
 مovable او شويبا او غير ذلك ، ويتخذوا يقول الامام احمد بن حنبل
 في رواية حنبل (1) .

ثالثا ترى طائفة ثالثة ان الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة والجوار في المقار
 اذا ان الشفعة ضرر كما سبق بيانه ، وكذلك الجوار لا يخلو من ضرر يتشمل في ان الجوار
 يقع في السبب الى جواره ، ويلحق به كثيرا من الاعمار ، كان يحل الجدار السفي
 ينحصر على هذه بذلك السوء والشرء ، ويشرف على صورة جواره ، ويتبع عثراته (2)
 لرفع الضرر لرفع هذه الاعمار كلها .

وقد انتقد احد الفقهاء وهو المذاهب الجويني هذه الآراء الثلاثة فرد الرأي الاول
 الذي يرى ان الضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه هو ضرر القسيمة بانه ينهي على هذا الضرر
 ان لا تثبت الشفعة الا في صورة واحدة ، وهي عندما يكون المال مشترك بين اثنين
 ويصح احدهما لآخر نصيبه ، فدينه يحق للشريك ان يفتح ذلك النصيب ليستحصل
 بالطلب كله ، وذلك يامن من نصيبه ، اما اذا كان المال مشترك بين اكثر من اثنين
 وام احدهم الشركاء نصيبه فلا يحق لآخرين ان يشفعوه ، لان هذه الشفعة لا ترفع القسيمة ما
 لم يكن واحد من الشركاء الباقيين ان يطالب بالشفعة في كل وقت . ولما كان الشرع قد
 اعطى الشركاء الحق في الشفعة سواء كانوا اثنين او اكثر ، فان هذا يدل على ان الشفعة
 لم ترفع لرفع ضرر القسيمة .

كما انتقد الرأي الذي يعتبر ان الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة ، بان هذا الضرر
 يمكن رفعه من طريق القسيمة التي يحق لكل شريك ان يرغم شركته على اجرائها .
 فرد على من يرى ان الشفعة شرعت لرفع ضرر الجوار بان هذا الشرع يمكن رفعه
 من طريق الزام الجوار بان يكشف اشياءه عن جواره .

وقد اثار الى هذه الانتقادات التي وجهها الجويني الى الآراء التي قيل بها في بيان
 الشرع الذي شرعت الشفعة من اجله فقد قال بان الشفعة شرعت في الشرع ، ولكن
 لا بد من انما شرعت ، اي انه يجب علينا ان نقبلها كما وردت من غير ان نحث في حكمها ،
 وهذا ما يلقى عليه الفقهاء بالتصديق ، خصوصا وانها مخالفة للقاعدة المعروفة التي
 تقتضي بلهيه لا ينتزع مال مسلم الا برضاه ، ان الشفعة في هذا قطع ملك المسلم
 بغير رضاه ، بل ان توهم اليه بتأرييق شرعي (3) .

(1) اعتمد المؤلفون 121/2

(2) نفس المصدر صفحة 124 .

(3) تاريخ الاحكام 131/6

ولكن هذه الانتقادات ليست وجهية ، لان الشفعة وان كانت لا تمنح سرر القسمة في اول مرة عندما يكون عدد الشركاء اكثر من اثنين ، الا انها تحصل على التقليل من توسيع الب القسمة ، وذلك عن طريق التقليل من الشركاء كما انها تؤدي الى توسيع هذا الضرر شيئاً فشيئاً ، حيث انه اذا كان عدد الشركاء اكثر من اثنين واستحصل هؤلاء الشركاء حقتهم في الشفعة كلما يباع احد الشركاء نصيبه يستحصل عدد الشركاء شيئاً فشيئاً ويستندى الامر الى انتحساف حالسة الشياخ .

كما انه اذا كان يمكن رفع ضرر الشركة عن طريق القسمة وضرر المساور عن طريق التزام الجوار بالكف عن اذاه فلا مانع من رفع هذين الضررين عن طريق الشفعة ايضا ، خصوصا وانها احسن السبل لرفع مثل هذه الاضرار .

وقد اشار الاستاذ الدكتور محمد يوسف موسى بالشفعة ، وذكر ان نظام الشفعة هو احد النظم التشريعية التي يمتاز بها الفقه الاسلامي وانه نظام لا يند منه ، لانه يمنع كثيرا من الضرر ، ويدفع غير قليل من الخصومات (1) .

تبين لنا مما سبق ان الشركة على الشياخ في الاموال وخصوصا اقسامية منها ، تستعمل على بعض الاضرار التي تصيب الشركاء وتؤدي الى تقليل اهمية المال المشترك ، ولهذا فعمل الشارع على الحد من هذه الاضرار وذلك عن طريق سنن الشفعة التي يمكن بواسطتها للشريك ان ياخذ النصيب الذي يامه شريكه مقابل دفع ثمنه للمشتري .

واذا كانت الشفعة ترفع الضرر عن الشركاء كما بينا سابقا ، الا انه يجب الاعتراف بانها لا تخلو هي نفسها من بعض الضرر .

ذلك ان فيها انتزاع المالك من يد المشتري بالرغم عنه ودون رضاه . وما قلناه سابقا هذا من ان المشتري قد قبل الشراء على هذا الاساس ، لا يعني اننا نذكر انه لا يتضرر من النخبة بالكلمة ، وانما يعني ان الضرر الذي يلحق المشتري اخف من الضرر الذي يقع على الشركاء بدخول هذا الشريك الجديد عليهم .

كما ان هذا المشتري لا يربي هل يستحصل الشركاء حقتهم في الشفعة لينتفعسون منه ما اشترأ ، او يتنازلون عن ذلك الحق . وقد يؤدي ذلك الى ان يبقى ذلك النصيب الذي اشترأه مضمنا ، لان المشتري يخشى ان ينتزع منه ، فيضيق في جهوده التي بذلها في تحسينه واصلاحه .

ثم ان الشفعة تستعمل على ضرر آخر ، يتمثل في ان النام لا يقبلون على شراء جسر من المال المتاح ، لانهم يعلمون ان للشركاء الحق في ان ينتزعوه منهم بواسطه الشفعة ، ولذلك لا يريدون المخاطرة باولهم ووقتهم في ابرام صفقة لا يدرون صيرورتها . وقد يؤدي ذلك الى ضياع مصالح الشريك الذي يريد بيع نصيبه من المال المشترك لاستعمال ثمنه فيما هو عليه نفعاً من ذلك النصيب .

وبالرغم من ان هذه الاضرار لا تعد شيئا مذكورا بالنسبة للاضرار الناتجة عن الشركة
ومن دخول الشريك الجديد ، فان الثقة الاسلامي اوجد كثيرا من القواعد لرفع تلك الاضرار
او التخفيف منها الى اقل حد ممكن . وهذه الحلول تتلخص فيما يلي :

اولا : انما اوجس الشريك الذي يريد بيع نصيبه من المال المشترك
بان يعرضه على شريكه وان يطلب منه ان يشتريه منه حتى لا يضر الشريك
ببيعته للاجنبي . وقد ورد في ذلك عن ابي حنيفة ما رواه مسلم في صحيحه عن
جابر بن عبد الله قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان له شريك
في رخصة او نخل فليس له ان يبيع حتى يوفى شريكه فان رضي اخذ وان كره ترك) ومنها
ما رواه النسائي في سننه عن جابر ايضا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (ايكم
كانت له ارض او نخل فلا يبيعها حتى يعرضها على شريكه) وقد امثل صاحبنا
لشفا الامر ، فكانوا يعرضون على شركائهم ويجيرانهم نصيبهم في المال المشترك ويقتضون
الشريك والجار على الاجنبي ولو اعادهم هذا الاجنبي ثمنه او قدم عرضا اقتضاه .
ومن ذلك ما ورد في صحيح الامام البخاري (عن عمرو بن الشريك انه قال : وضعت
على محمد بن ابي وقاص نجاة المصور من مكرمة فوضع يده على احدى منكبي اذا جاء ابورافع
مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا محمد ما يبيع مني بيبي في دارك . فقال
محمد : والله ما ابتاعها فقال المصور : والله لبتاعها . فقال محمد : والله لا ازيدك على
اربعة آلاف ضمنية او مقامة . فقال ابورافع : لقد ايت بها خمسمائة دينار . ولولا اني
سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : الجار احق بعتقه . ما ايتكم بأربعة آلاف
وانما اعطي بها خمسمائة دينار . فاعطاهما اياه) .

فتذا الحديث يدل على ان ابا رافع كان يملك بيتين من دار محمد بن ابي وقاص ، وحتما
اراد بيعهما تقدم الى جواره محمد يطلب شراءهما منه ، والح عليه في ذلك ، فصرغ عليه
محمد اربعة آلاف درهم فضمية على ان يدفع هذا المبلغ على اقساط . فابره ابورافع يسان
بناك من عرض خمسمائة دينار حاله ثمن البيتين ، ولكنه فضله بيعهما لمحمد ابتداء لئلا
سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم حينما اوجس بقتد بيم الشريك والجار على الاجنبي .
ومن المعروف ان الدينار كان يثرب من الذهب ، وهو يساوي اكثر من عشرة دراهم ، وكما
انه مرشوب فيه اكثر من الدرهم . وهذا يعني ان ابا رافع فضله ببيع بيتيه لمحمد
لحاجة الجوار ، بالرغم من كونه عرض ثمنهما اقل وشراسا اخصى ، حيث اشترط ان يشتري
بالعطية الفضية وان يكون ذلك الثمن على اقساط .

وقد ذكر العلماء ان الامر في هذه الاحاديث ليس للوجوب وانما هو للندب والترغيب .

ولا شك في ان هذه الطريقة لم تبق لارتفع بواسطتها الضرر الذي يمكن ان يلحق
الشركاء من اذخال شريك جديد عليهم . كما يرتفع بها ضرر انتزاع ذلك النصيب من المشتري بالرغم
عنه ، ولقد ينس الجراء والجنود التي تذل من طرف الشركاء بما سببه الدفعة .

وسياتي لنا ان الشركاء يقيس لحجم الحق في الشفعة حتى لو اعرضوا عن شراء نصيب شركتهم عند ما عرض عليهم شراءه . تبعا للقاعدة التي تقضي بان من تنازل عن حصة في شركة لا يلزمه هذا التنازل .

ثانيا : ان الفقهاء حددوا الوقت الذي يحق للشريك ان يطلب خلاله الشفعة ، كما انهم جعلوا للمشتري ان يوقف الشريك عند الحاكم ليأمره بالاعراب حالا عن موقعه من الشفعة ، عمل ياخذونها او يبقونها ، وحينئذ لا يقيس له الحق في الاختصاص طيلة مدة التي حددت لذلك .

منذ هذه الطريقة يمكن للمشتري ان يحصل على التخفيف من ضرر الشفعة ، لان المشتري الذي يريد ان يبيع نصيبه في السوق ان يبيع نصيبه فورا ، فان قرار اخذه بالشفعة لزمه ان يترك المشتري ما عرضه في الشراء لينتفع به في اوجه اخرى ، وان اسقط حقه في الشفعة يمكن لهذا المشتري ان يتفقد بها اشتراؤه ، وان يدعى عليه ما يباع من اصدارات او تحسينات .

ثالثا : ان الفقهاء المالكيين والمستشارين منهم بالخصوص اباحوا للشريكة التي يريد بيع نصيبه في السوق ان يبيع المزار المشترك كله ، ولا يبقى لشركائه الا اعضاء ذلك البيع وقبضتهم من الثمن ، اورث هذا البيع مقابل ان يشتروا حصة انفسهم نصيب ذلك الشريك انما يباع بها يقابله من ذلك الثمن . وهذا هو ما يسمى ببيع الشفعة .

وبالرغم من ان بيع الشفعة له شروط خاصة لا تتوفر في كل شركة على الشباع ، الا انفسه مع ذلك يحصل على التخفيف من آثار الشفعة والاستمرار التي يمكن ان تلحق الشريكة الذي يريد بيع نصيبه . من عدم اقصاء الناس على شراء هذا النصيب خوفا من استئصال الشركاء للشفعة .

بعد هذه المقدمة التمهيدية نتقل الى بحث موضوع الشفعة ونقسم هذا الموضوع

الى قسمين :

نخصص القسم الاول منهما للكتاب على الشفعة في الفقه الاسلامي .

والقسم الثاني للكتاب على الشفعة في التشريع

المصري .

الشم الأول

الشفعة في الفقه الاسلامي

=====

نشأ السان ان الفقه الاسلامي اعتنى بالشفعة عنايته كبيرة ،
 فكان ان القضاة المسلمين في جميع المذاهب الفقهية درسوا
 الموضوع دراسة وافية استوعبت كل تفاصيله وجوهراته .
 وصار ان المشرع المنبري استمد احكام الشفعة من الفقه
 العربي على المذهب المالكي .

وحيث ان احكام الشفعة في الفقه المالكي هي التي تليق
 على اعتبارها في المذهب .

كما ان منه يتبين الرجوع الى هذا الفقه في كل ما لا يوجد
 له في التشريع المنبري نرى يتبع عليه بالنسبة للمفسر
 المفسر والمفسر .

فلذا كان لابد لي من ان اتصور بدراسة الشفعة في الفقه
 الاسلامي اولا . ثم اعقبته بدراسة الشفعة في التشريع المنبري .
 وساتكلم على الشفعة في الفقه الاسلامي في بابي . اخص
 السباب الاول لاركان الشفعة .
 والسباب الثاني لاحكام الشفعة .

الباب الاول

اركان الشفعة

=====

ركن الشفعة اربعة ، وهي :

(1) الشفيع : وهو الشخص الذي له الحق في ان يأخذ النصيب الذي تحصل الي المالك الجسد به .

(2) المشفوع منه : وهو الشخص الذي تستعمل الشفعة منه ، فينزج منه النصب الذي ملكه .

(3) المشفوع : وهو ذلك المال الذي يحق للشفيع ان يسترده من المشفوع منه .

(4) المشفوع به : وهو ما يوديه الشفيع للمشفوع منه مقابل انتزاع المشفوع من به .

ولكل ركن من هذه الاركان احكام عديدة ، كما ان هناك نظريات وآراء كثيرة للنسب ، حول كل ركن من هذه الاركان .

ولذلك سنتكلم في هذا الباب على كل ركن من هذه الاركان على حدة ، ونفصل الاحكام المتعلقة به ، ونسقط آراء الفقهاء الملمين من مختلف المذاهب والنسب . فيما يخص كل مسألة تتعلق بذلك الركن ، ونحاول ان نمعن جميع كل نرى ، ثم نعمل على المقارنة بين تلك الآراء ، لنصل الى الرأي الذي نراه أقرب من غيره الى روح الشريعة الاسلامية ، واتسوى من حيث الحجية ، وأضمن لتحقيق الفائدة التي عمل الفقهاء المسلمون على استنباط القواعد التي تؤدي الى نشرها وتطبيقها في جميع الميادين ، امثالاً : منهم لأمر الله الموجه الى المسلمين بتوفيق العدل والمساواة بيني البشر " ان الله يامر بالعدل والاحسان " (1) " واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل " (2) .

ونقسم هذا الباب الى اربعة فصول نخصص كل فصل منها لركن من اركان الشفعة .

(1) من الآية 90 من سورة النحل .

(2) من الآية 58 من سورة النساء .

الفصل الاول

الشفيع

الشفيع هو الشخص الذي يحق له ان يستعمل الشفاعة بصدده انتقال مال شخص
الشيء الآخر .

وقد تارة نقاش كبير بين الفقهاء حول من يثبت له حق الشفاعة وتعددت
آراءهم في تحديد هذا الشفيع . فمنهم من يرى ان الشفاعة لا تثبت الا للشريك في المقار
ثبتت للجار ايضا ، ومنهم من يرى ان الشفاعة كما تثبت للشريك والجار ، تثبت ايضا
لشريك في جيرة حديق من حقوق المقار .

ومن ثم نرى اول الآراء التي وجدت تباعد تحديد الشفيع ، ثم نقارن بين هذين
الآراء لنفهم ان الرأي الراجح في هذا الموضوع ، وهو ان الشفاعة لا تثبت الا للشريك . وبعد
ذلك نكلم على الشروط التي تشترط في الشريك الذي يستحق الشفاعة ، ونختتم هذا الفصل
بذكرنا على شخصية الشفيع .

الببحث الاول : من هم الشفيع .

نرى اولاً الى ان الاجماع انعكس على ان الشريك في المقار الذي يملك زميلاً فيه على
الاجماع ، له الحق في ان يشفع ما باعه شريكه قبل ان تقع المقاسة البتية بينهما فبني
البحث المقار .

ومن المعروف ان الاجماع يصدر من صادر الفقه الاسلامي ، وهما ثبت الاجماع
حصول حكم من الاحكام فانه يكفي في عدم ذلك الحكم شرعياً وواجب التطبيق ، ولا يحتاج
الى الاستدلال على شرعية ذلك الحكم بقرآن او سنة . لان الاجماع نفسه ليس بحاجة
بان يثبت من البحث عن دليل آخر .

ولكننا مع ذلك نسير الى ان الفقهاء استندوا في هذا الاجماع الى الحديث النبوي
ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق عديدة يكاد يصل بعضها الى حد التواتر وثبتت
في مسانيد البخاري ومسلم في صحيحهما بلفظ : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفاعة
فيما بينكم) . الحديث (ث) فان هذا الحديث يصرح بان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكم بالشفاعة للشريك في المقار الذي لم يقسم .

وبعد ان اجمع الفقهاء حول ما ذكرنا من ثبوت الشفاعة للشريك في المقار ،
تساءلوا حول ما اذا كانت الشفاعة لا تثبت الا لهذا الشريك وحده ، ولا تثبت لغيره ابداً ،
او انما كما تثبت له تثبت لغيره . واذا كانت تثبت لغيره ، فمن هو هذا الغير الذي تثبت
له الشفاعة . وجد في هذا الصدد الآراء الآتية :

المرأي الأول : يرى أصحابه ان الشفعة تثبت الا للشريك على الشجاع في المقار

الذي لم يقسم ، دون غيره .

وهذا هو رأي علي ، وعمر ، وشمان ، سعيد بن المسيب ، وسليمان بن بشار ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، وأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق بن راهوية ، والزهري ، وأبي ثور ، وأحمد بن حنبل ، (2) ومحمد بن النضر ، وأبو الزناد ، والمغيرة بن عبد الرحمن ، وأبو الحسن البصري ، والشافعي . (3)

المرأي الثاني : يرى أصحابه ان الشريك المذكور هو أولى الناس بالشفعة . وأنه

يقسم على غيره ، بحيث يمسها وجه هذا الشريك وطلب الشفعة الا ويمكن منهيا ، ولا شفعة لغيره . لكن ان لم يوجد ذلك الشريك او وجهه ولم يطلب الشفعة . فان هذا الحق ينتقل الى الجار الذي له حق من حق الجميع . وهذا يعني انه ليس لكل جار الحق في الشفعة ، وإنما الذي يستحق الشفعة عنه ما لا يوجد الشريك في المقار ، او عنه ما لا يبال هذا الشريك بالشفعة ، فهو الجار الذي يملك في المقار الجميع حقا من الحقوق غير الرقبة . اما اذا كان لا يملك أي حق من تلك الحقوق ، بان كان ملك كل واحد من الجارين شبرا ، وحق كل واحد طلب كل منهما صغيرة ، فله شفعة له . وهذا هو مذهب

البصريين .

المرأي الثالث : يرى الحنفية ان الذين يستحقون الشفعة ثلاثة اشخاص حسب المراتب

الثلاثة التالية :

المرتبة الاولى : الشريك في اربعة . أي الشخص الذي يكون مالكاً على الشجاع

لدي في رقبة المقار .

المرتبة الثانية : الشريك في حق من حقوق الجميع . والمراد به : الشريك

في الطريق الذي يصل الى المقار ، والشريك في الشرب الذي يسقي بواسطته المقار المبيع . بشرط ان يكون الطريق او الشرب خاصين .

ويقصد بالطريق الخاص ان لا يكون نافذاً . ويقصد بالشرب الخاص ان يكون

خاصاً لا يجري فيه السفن . ومن أبي يوسف الشريك الذي يسقي قراحين او ثلاثة (4) ، ومما زاد على ذلك فصوص عام (5)

المرتبة الثالثة : الجار الملتصق . ولو كانت بابه من سكة اخرى . ومقاصد وجسدت

المقاصد الا وثبت الحق في الشفعة ، سواء كانت المقاصد من ثلاث جهات ، او من جهتين ، او من جهة واحدة فقط . وسواء كانت مسافة المقاصد طويلة او قصيرة ، ولو بشبر .

(1) الخطابي البستي في معالم السنن 156/3 وابن قدامة في المنى 461/5 .

(2) الخطابي البستي في معالم السنن 156/3 .

(3) ابن قدامة في المنى 461/5 .

(4) المراد بالقراح من الأرض . كل قطعة على حوائطها ليس فيها شجر ، ولا شائبة شجر . شرح المنايا 413/7 .

(5) التكملة 413/7 .

وينبغي على هذا أن كل من كان ملصقا للبائع يستحق الشفعة . وأن الجيران الملتصقين يتساوون في استحقاقهم للشفعة ، ولو كان بعضهم امتد امتدادا بالبائع من الآخرين . ومنه على هذا أن الجار الملتصق بسور من جهة واحدة فقط كالجار الملتصق من ثلاث جهات بشبرا أو بعدة أروع .

ولا تثبت الشفعة للجار المقابل ، لأن سور هو سواء الشفعة (3) . ثم إن أبا حنيفة ومالك يرى أن الشفعة في الرقبة أحق الناس بالشفعة فإن لم يوجد ، أو وجد وتنازل عن حصه في الشفعة ، فإن الذي يستحق الشفعة حينئذ هو الشريك في حق من حقوق المبيع . فإن لم يوجد عند الشريك ، أو وجد وتنازل عن شفعته ، فيستحق حينئذ الجار الملتصق الشفعة .

ويشترط أن لا استحقاق لكل من الشريك في حق من حقوق المبيع ، والجار الملتصق للشفعة ، وإن تقدم ما يطلبها بجواره علمها بالبائع ، فإذا لم يطلبها أحدهما حين علمه بالبائع ، وتنازل إلى أن تنازل الشريك في الرقبة عن حصه في الشفعة ، فلا شفعة له (2) .

في حين يرى أبو يوسف * صاحب أبي حنيفة * أن الشريك في الرقبة إذا وجد يحجب كلاً من الشريك في حق من حقوق المبيع ، والجار الملتصق . سواء طلبهم ذلك الشريك أو أخذ بالشفعة ، بمعنى أن الشار إذا كان ملوكاً على الشباع ، فإن الشفعة لا تثبت إلا للشريك في الرقبة . ولا تثبت للشريك في حق من حقوق المبيع ، ولا الجار الملتصق ، ولو تنازل الشريك في الرقبة عن الشفعة ، لما قلنا من أن الشريك في الرقبة يحجبها حسب استقام (2) .

والمعتمد عند الحنفية هو قول أبي حنيفة ، وأكثر كتبهم تقتصر عليه ولا تشير إلى رأي أبي يوسف (4) .

وهذا أن استعرضنا هذه الآراء اثنان فيما يتعلق بمن هو الشفع ، ونعرض الآن للمعج الذي استدل به كل فريق لرأيه ، ثم ناقضنا هذه الحجج ، ونعرض لرأي ابن القيم الذي حاول أن ينصر للرأي الثاني ، ونستخلص من كل ذلك أن رأي الجمهور هو المراجع ، ولذلك سنقتصر عليه .

النقطة الأولى : حجج كل رأي .

- (1) تحفة الفقهاء 51/3 .
- (2) شرح المنهاية 413/7 .
- (3) التكملة 413/7 .
- (4) ورد في تحفة الفقهاء ما نصه : (وإذا سلم الشريك في البقعة ثبت للشريك في الحقوق وإذا سلم هو ثبت للجار بخي الملتصق) تحفة الفقهاء 51/3 .

نستعرض جميع الجمهور أولاً ، ثم جميع انصار الرأي ، ثم جميع انصار الرأي

الثالث .

(1) جميع الجمهور : احتج الجمهور الذين هم اصحاب القول الاول الذين

يرون ان الشفاعة لا تثبت الا للشريك الذي لم يقسم . بالسنة . وبالمنطق .

امسا السنة فهي الاحاديث التالية :

اولا : الحديث الذي رواه البخاري ونسبه : ^٤ حدثنا محمد بن عبد الواحد

حدثنا معمر بن الزهري ، عن ابي سلمة بن عبد الرحمن ، عن جابر بن عبد الله

بن عبد الله عنهما . قال : قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفاعة فيهما

لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق (وصرفت الطرق) فلا شفاعة .

واخرجه ابو داود بنحو : (حدثنا احمد بن حنبل ، حدثنا عبد الرزاق ، حدثنا

معمر بن الزهري عن ابي سلمة بن عبد الرحمن ، عن جابر بن عبد الله . قال : انما

جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفاعة في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود

وصرفت الطرق ، فلا شفاعة .

واخرجه الاصم مالك في الموطأ مرسلاً (عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب ،

عن ابي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالشفاعة

فيما لم يقسم بين الشركاء ، فاذا وقعت الحدود فلا شفاعة)

واخرجه النجاشي هكذا : (اخبرنا هلال بن بشر ، قال : حدثنا صفوان بن عيسى

عن معمر بن الزهري ، عن ابي سلمة ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الشفاعة

في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود ، وصرفت الدارق فلا شفاعة) .

واخرجه ابن ماجه من طريقين .

الاولى : (حدثنا محمد بن يحيى ، وعبد الرحمن بن عمر قالوا : ثنا ابو عاصم

ثنا مالك بن انس عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، وابي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي

نسيم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفاعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود

فلا شفاعة) .

الثانية : (حدثنا محمد بن حماد التمارني ، ثنا عاصم ، عن مالك ، عن

الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، وابي سلمة ، عن ابي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم

نحوه) .

قال ابو عاصم : سعيد بن المسيب مرسلاً . وابي سلمة عن ابي هريرة متصل (1) .

ثانيا : روي الاصم مالك في صحيحه ، ثارثة احاديث تتقارب في الفاظها . ومنها الحديث

الآتي :

(1) يعني ان سعيد بن المسيب (وهو تابعي) لم يذكر الصحابي الذي روى عنه هذا الحديث .

ولذلك لم يصح حديثه مرسلاً . لان الحديث المرسل هو الذي «قط من سنة الصحابي الذي رواه عن

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بخلاف ابي سلمة فانه روى الحديث عن الصحابي

ابي هريرة فكان بذلك متصلاً . لان الحديث المتصل هو الذي لم يسقط

من سنة اي رواه

حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ، ومحمد بن عبد الله بن نمير ، وإسحاق بن إبراهيم ، واللفظ لابن نمير ، قال إسحاق أخبرنا . وقال الآخرون ثنا عبد الله بن إدريس ، ثنا ابن جريج عن أبي الزبير ، عن جابر قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، رخصة أو حائط ، لا يحصل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذه ، وإن شاء ترك ، فإذا باع لم يؤذنه فهو أحق به .

فهذه الأحاديث تنص على أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة . ولا شك في أن الشركة في الأرض أو في الدار إذا زالت بالمقاسمة وتعيين الحدود ، فإن الجوار يبقى ، بحيث يبقى كل من الشريكين جارا للآخر . وإذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يذكر أن الجار الذي كان شريكاً لاحقاً له في الشفعة بعد المقاسمة وتعيين الحدود ، فما لا يرى لا يكون للجار الذي لم يكن شريكاً أي حق في الشفعة .

ومعنى هذا أن لهذه الأحاديث دلالتين . دلالة بالمنطوق ، ودلالة بالمفهوم الاحترافي . ففي تدل بالمنطوقها على عدم ثبوت الحق في الشفعة للجار الذي كان شريكاً ، وتدل بمفهومها الاحترافي على عدم ثبوت الحق في الشفعة للجار الذي لم يكن شريكاً أصلاً . وأما المنطوق فهو كما يلي :

إذا كانت القواعد العامة تقضي بأنه لا يجوز أن يرفع الشخص على إخراج ما في ملكه ، وأن من اشترى شيئاً لا ينزع منه الا برضاه ، فلا يستثنى من ذلك إلا ما ورد الدليل على استثنائه وتخصيصه بحكم ، فالقاعدة . وقد نصت الأحاديث الصحيحة المذكورة على أنه يجوز للشريك أن يستعمل الشفعة التي تخوله أن ينتزع من الغير ما اشتراه من شريكه . فيستثنى حينئذ الشريك الذي لم يقاسم من القاعدة المذكورة .

أما حق الجار في أن ينتزع ما اشتراه الغير من جاره فيتبع القاعدة العامة ، ولذلك لا يجوز لهذا الجار أن ينتزع من ذلك الغير ما اشتراه . لأنه لا يوجد دليل على جوازه .

(2) حجج أنصار الرأي الثاني :

أما أهل البصرة الذين يرون أن أحق الناس بالشفعة هو الشريك ، ثم الجار الذي له شرك في حق من الحقوق . فقد احتجوا بثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم بنفسه ، بالأحاديث السابقة التي تنص على استحقاق ذلك الشريك للشفعة .

أما استحقاق الجار للشفعة إذا كان شريكاً في حق من حقوق الجميع ، فقد استدلوا عليه بالحديث الذي رواه الإمام أحمد والترمذي . وأبو داود وابن ماجه .

فقد روى أبو داود في سننه ما يلي : حدثنا أحمد بن حنبل ، ثنا هشيم ، أخبرنا عبد الملك بن عطاء ، عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجار أحق بالشفعة جاره ، ينتظر بهما وإن كان غائباً ، إذا كان طريقتهما واحداً .

ورواه ابن ماجه في سننه بنفس اللفظ عن عثمان بن أبي شيبة عن هشيم .

ورواه الترمذي في صحيحه بنفس اللفظ عن خالد بن عبد الله الواسطي عن عبد الملك . وأنصار هذا المذهب حاولوا أن يجمعوا بين الحديث الذي يمحط الحق للشريك الذي لم

يقاسم ه وهذا الحديث ففعلوا حصة جابر الذي يذكر فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي بالشفعة فيما لم يقسم المصحح . ليس بالأعلى الحصر ه وانما يدل على ان ذلك الشريك أولى من غيره بالشفعة ه لكن اذا لم يوجب هذا الشريك ه فان الشفعة تثبت للجار الذي يشترك مع جاره في حصة من الحقوق ه كالتصديق او الشرب ه

(3) حسم انصار الرأي الثالث

ذكرنا ان الصراطين يرون ان الشفعة ثلاثة مراتب : الشريك الذي لم يقاسم (2) الشريك في حصة من حقوق المصحح (3) الجار الملاصق ولو كانت شريكه من سكة اخرى ه وقد احتج هؤلاء على ثبوت الشفعة للشريك بتلك الاحاديث التي يحتج بها الجمهور ه الا انهم يرون ان تلك الاحاديث لا تدل على الحصر ه كما احتجوا على ثبوت الحق للجار الشريك في حصة من حقوق المصحح بالحديث السني احتج به انصار الرأي الثاني ه

اما ثبوت الحق للجار المصحح ولو كانت عاريته من سكة اخرى ه فقد احتجوا له بمسندة احاديث رواها اصحاب الحسن من مسندة طبرستان ه كما احتجوا على ذلك بالقياس ه

(1) الحديث الذي أخرجه ابو داود ه قال : حدثنا عبد الله بن محمد النخعي ثنا عثمان بن ابراهيم بن موسى ه سمع عمرو بن ابي رافع يقول انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الجار احق بشفعته ه وأخرجه النخعي بنحو اللسان بـ ابراهيم بن ه وأخرجه ابن ماجه بنحو النسخة ه

(2) الحديث الذي أخرجه ابو داود قال : حدثنا ابو الوليد الطيالسي ه ثنا شعيب بن وهب عن قتادة ه عن الحسن ه عن مسرة ه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : جدار الدار احق بدار الجار والارض ه

(3) الحديث الذي احتج به انصار الرأي الثاني ه وهو : الجار احق بشفعته جواره ينتسب بها وان كان غائبا اذا كان ارقصا واحدا ه

(4) اما القياس الذي احتجوا به على ثبوت الشفعة للجار فهو ان الشفعة اذا كانت قد شرفت لرفع الضرر عن الشريك من دخول شخص اجنبي معه بدلا من شريكه السابق ه فبان الجار يحق له ان يشفع ايضا ما باعه جواره ه لان الجار يتضرر كذلك من انتقال ملكه جواره الى شخص اخر عن طريق الشراء ه

ومن اضرار الجوار ايذاء اذساره واثارة الفجاءه وضع سوء البطاره واعلاء الجدار للطرح على المصار والكبار ه (1)

ولما كان حصة الشفعة فيما لم ينقسم فاذا وقعت الحصة وصرفت الطريق فلا شفعة يدل على انحصار الشفعة في المصار المشترك فلا ان في الشفعة امت للامتخراق ه وذلك يعني

الجوار الشفعية فيما لم يقسم ، وتأكد هذا الجزم بقوله : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعية ، فقد حاول انصار هذا الرأي الثالث ان يجيبوا على هذا الحديث ، وتشغلوا بغيرهم فيما يلزمي :

أ- ان أ ل . في قوله : الشفعية لم يمت لشتراق ، وإنما هي للشفعية .
ب- في قولنا : العالم في البلد لثلاث . وان كان فيه علماء آخرون . وهذا يكون منس الحديث : اقوى اسباب الشفعية هو الشركة ، وهذا هي متفق عليه ، ولهذا لا يمتد الشريك في العقار على غيره (1) . ولكن هذا لا يمتد ان هذا الشريك هو الوحيد الذي يستحق الشفعية .

ب- لم يثبت ان ما ورد في الحديث من قوله : (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعية) من كظم الرسوم ملحق بالتعديبه وسلم . ويجوز ان يكون من كلام الرأي ، فلا يكون حجة على عدم استحقاق الشفعية للجوار ، لان هناك احاديث تثبت الشفعية للجوار (2)

ج- يحتمل ان يكون معنى الحديث : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعية ، انه اذا كان لشخصين عقار مشترك ، فانتصاه ، وحاز كل واحد منهما جزءا منه بحكمه وده وطرقه ، لا يستحق اي واحد منهما شفعية ما حازه الآخر بمقتضى هذه المقاصة التي تعتبر معاوضة .

ومعنى هذا ان الحديث ورد ليرفع ما يمكن ان يبادر الى الدفن من ان الشريكين اذا اقتسما العقار ، فان هذه المقاصة التي هي نوع من المعاوضات تنافي لا بد منها الحق في شفعية ما شريج لشريكه بمقتضى المقاصة ، ولم يرد هذا الحديث لما عدا ذلك من انه لا شفعية للجوار .

النقطة الثانية : ماقتصة هذه الحجج .

رد انصار المذهب الاول . ونعم الجزم . على هذه الحجج التي ساقها اصحاب المذهبين الثاني والثالث بما يلي :

اولا - فوصا يعللوا جميع انصار المذهب الثاني :

(1) ان الحديث الذي يحتجون به وهو (الجوار احق بشفعية جواره بشفعية بشاوان كان فائضا اذا كان اريقضا واحدا) ضعيف ، ويخففه كل من الامام احمد ، وابن معين ، والبخاري ، والترمذي ، وابن عسك المسمر ، وغيرهم .
فقد علق الترمذي على هذا الحديث بقوله : هذا حديث قريب ، ولا نعلم احدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن ابي سليمان ، عن عطاء بن جابر ، وقد تكلم جماعة في عيبه الملقب

ابن ابي سليمان من اجل حديثه الحديث

(1) التكملة 411/7
(2) التكملة 412/7

وقال وكيع عنه : لسان عبد الملك روى حديثاً آخر مثل حديث الشفاعة لأخرجت
فيه (1) . وكذلك قال يحيى القطان .

وقال أحمد : وهو حديث منكسر . (2)

وقال يحيى بن معين : وهو حديث لم يحدث به إلا عبد الملك فانكر الناس عليه ، ولكنه
في حديثه .

والخالبني يمتنع : عبد الملك لثمن الحديث . ونقل عن الشافعي قوله :
هذا الحديث : نسي أن يكون محفوظاً ، وأبو سلمة حافظ وكذلك أبو الزبير ، ولا يخفى
بعضاً بحديث عبد الملك .

ويحتمل بغيرهم وثباتاً لعلنا أخرجناه في الحديث . وقال أبو عيسى الترمذي :
هذا الحديث من إسناده حسن ، نقلاً عنه : تفرد به عبد الملك . وروى عن جابر خلافه ،
ومختلف من حديثه الصور أن الحديث الذي يحتاج به أصحاب الرأي الثاني وجهت إليه
في انتادات . فخصنا في النقيض الاتية :

(1) أن هذا الحديث لم يرو إلا عن طريق واحد وهو عبد الملك الذي رواه عن عطاء ، عن جابر
بن عبد الله .

وعبد الملك إذا لم نكلم فيه علمنا الحديث به ، وقد وه غير مؤثوق به ، ولا يحد بشيء .
(2) أنه يتعارض مع الأحاديث التي يحتاج بها انصار الرأي الأول ، والتي رواها أبو سلمة
هو الزبير عن عدة أسبق .

وأبو سلمة وأبو الزبير من الحفاظ المؤثوق بهم في الحديث . ولذلك لا يمكن أن نقارن
حديث عبد الملك بحديثهما ، ولا يوقى حديثه إلى أن يتعارض مع حديثهما .
ونسأ إلى أن حديث عبد الملك يتعارض مع حديث أبي سلمة وأبي الزبير ، فإن الذي يجب
أخذ به هو حديث هذين الراويين المؤثوق بهما ، وينسب الحديث الذي رواه عبد الملك
لذي يوقى إلى رجعتنا .

(3) ثبت أن الحديث الذي رواه عبد الملك عن عطاء من جابر يتعارض مع الحديث الذي
رواه أبو سلمة وأبو الزبير عن نفس العطاء . لأن الحديث الذي رواه هذان الراويان يجهل
سوى الشفاعة محضاً في الشريك الذي لم يقاسم شريكه ، ويصرح بأنه متى وقعت المقاسمة
يتقاسم لذلك الشفاعة الذي كان شريكاً أي حتى في الشفاعة . بينما الحديث الذي رواه
عبد الملك عن نفس العطاء يمتنع في الشفاعة ما بعده جواره .

(1) أحمد بن الموفق 126/2 .

(2) الحديث المنكر هو الذي يرويه أبو داود عن ثوبان .

(3) معان السنين للأمام محمد بن محمد الخالبني البشيري 154/3 .

ومن هو المقول ان يكون هذا الصحابي يعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجبار الحق في الشفعة ، ثم يبيّن عنه انه انما قضى بالشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، ومتى وقضت الشفعة بالشفعة .

(٤) انه من المحتمل ان يكون ما رواه عبد الملك مجرد رأي لشيخه عطاء وليس حديثا الا بعد انك انك الرواية في الحديث ورواه على انه حديث رواه عطاء بن جابر . ومعلوم انه اذا كان يروي رأي لعطاء فلا يمكن ان يحتاج به ، لانه يتعارض مع الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهو ما رواه ابن مسعود وابو الزبير .

وكذا يبين لنا الحديث الذي يحتج به اصحاب الرأي يتعارض مع الحديث الذي جعل الشفعة للشريك تطيحج بان الشريك الذي يقاسم شريكه يسقط حقه في الشفعة . ومما دام الحديث يروي من عدة طرق ومن عدة رواة لا يرقى اليهم الشك ، بينما يروي الحديث السني يخطي شمار حجة الشفعة راو واحد منهم دولته الشك . فلذلك يجب عدم الاعتداد بهذا الحديث .

ثم اننا الحديث الذي يحتج به انصار الرأي الثاني يفتي على ثبوت الشفعة للجبار الذي اورد في الطريق . وهذا يعني ان الجبار الذي يشتري ثلثه الحق في الشفعة ، هو الجبار الذي له اربع وأربعة مع جواره . وينقسم من هذا ان الجبار الذي لا يشترك مع جواره في الطريق ، بان تكون بينه وبين جواره طريق آخر . لا يثبت له الحق في الشفعة ، ولو كان ملاصقا لجاره البائع ، ان حق الجبار في الشفعة يتوقف على تحقق شرط ، هو ان يكون طريق الجارين واحدا . فمما تحقق في الشفعة للجبار الحق في الشفعة ، ومما تنافي لم يثبت له ذلك الحق . ولكننا ايضا ان انصار الرأي الثاني يقولون بان كل جبار يشترك في حق من حقوق البيع يستحق الشفعة .

ثانيا : ورد الجمهور على الحجج التي استند اليها الحنفية لاثبات الشفعة للجبار المطلق (اربعة) من سكة اخرى ، بما يلي :

(١) ان حديث (الجبار احق بنفسه) لا حجة فيه على ثبوت الشفعة للجبار ، لانه لم يصرح بذلك . وانما يحتمل ان يكون المقصود بقول النبي صلى الله عليه وسلم الجبار احق بنفسه ، انما يستحق الشفعة ، او انه احق من غيره ببيع جواره وملكه ، والاحسان اليه . ان الحديث على هذا المعنى الثاني اولى من دلالته على المعنى الاول . لاننا اذا حملناه على ان الجار اولى من غيره بشفعة ما باعه جواره ، فان ذلك يؤيد الى ان الجبار اولى بالشفعة من غيره . وممنس هذا ان الشخص اذا باع عقاره وكان له شريك في ذلك العقار وجاره فان الجبار ان اولى بالشفعة من الشريك . وقد عرفنا انه ليس هناك من يقول بان الجبار اولى بالشفعة من الشريك . وحتى انما هذا الذي ذهب قد رايناهم يقولون ان الشريك الذي لم يقاسم

يؤيد ما ذكرنا من ان معنى الحديث ان الجبار اولى ببيع جواره وملكه والاحسان اليه . وروى في حديث الامام البخاري حديث قال ابو رافع : لقد اعطيت بعضا خمسائة دينار

انني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الجار احق بسقيه ، ما احتايتهما
 في الآف وانما اعطيتي بهما خصمائية دينار ، فان هذا يدل على ان ايا رافع فهم من قول النبي
 الله عليه وسلم : الجار احق بسقيه ، ان الجار احق بالناس بان يحسن اليه جواره ،
 ان قبل ان يبيعه ملكه باقل مما عرض به عليه الشير ضا له .

على ان هناك من الفقهاء من حاول ان يفسر كلمة الجار في الحديث المذكور بالشريك
 في المظلة ، لان الجار يطلق على الشريك المظلة ، بدليل قول الاعشي يخطب زوجته :

اجارتني بيني فانك طالمسك كذاك امور الناس فساد وطمسك في .

فانه سمى زوجته جارة لانها تظله .

غير ان حمل الجار في الحديث على الشريك غير صحيح ، لان هناك حديثا يدل على ان الجار
 هو المجاور لا الشريك . المظلة . وهذا الحديث هو الذي اخرج به الامام احمد
 في كتابي وابن ماجه ، عن النبي قال : قلت يا رسول الله ، ارض ليس لاحد فيها شرك ولا تم
 الجوار فقال : الجار احق بسقيه ما كان .

واي ان معنى الحديث : الجار احق بسقيه . ان فيه ارشادا الى انه ينبغي
 الجار عند ما يريد ان يبيع داره او عقاره ، ان يعرضها على جواره اولا ، لانه اولى بشراكتها من غيره
 انك عنه ما يمكن ان يلحقه من ضرر بيعها للغير . وحسن المجاورة يقتضي رفع الضرر عن
 الجار والاحسان اليه وحسب اتصال الخير والتفجع اليه .

وهذا نحو ما فعله ابو رافع من الحديث لما اراك يبيع بيتيه عرضها على جواره
 النبي وقام فبعت بارشاد النبي صلى الله عليه وسلم ، والحق عليه في ان يشتريها منه ، وبي
 به بثلثا اقل مما عرض به غيره ثلثا لهما .

وهناك عدة احاديث ياصر فيها النبي صلى الله عليه وسلم الشريك عند ما يريد ان يبيع
 يسه في العقار المشترك ، ان يعرض ذلك على شريكه اولا . ومن ذلك الحديث الذي رواه مسلم
 في صحيحه ان اشرنا اليه ولفظه : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل تركبة
 انتسم رخصة او حائط لا يحصل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك ، فاذا بيا
 لم يؤذن له فهو احق بفسه .

وهناك من المقارنة بين هذا الحديث وحديث الجار احق بسقيه ، ان الشريك يجب
 له ان يعرض على شريكه النصيب الذي يريد به ، وانه ان باعه من غير ان يعلمه فان لذلك
 شرك الحق في ان يأخذه بالشفعة من يسه المشتري .

اما الجار فينبغي له ان يعرض على جواره ان يبيع عقاره المجاور له ، فان اخذه
 له فذاك ، وان لم يأخذه وباعه الجار للغير ، او باعه الجار قبل ان يعلمه ، فلاحق لجواره
 ان يسترد بالشفعة . وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي ذكره
 على الشريك ، على ان الشريك اذا باع قبل ان يؤذن شريكه فهو احق بفسه ، في حين ان له لم
 سر في حديث الجار الى ذلك ، وانما اكتفى به : الجار احق بسقيه . كما انه امتنع

حديث الشريك تعبير (لا يحل له) ، وهو يدل على ان ذلك الاذن وما يترتب عليه من حصة
فصة حق للشريك . بخلاف حديث الجار ، فقد ورد فيه هذا التعبير (احق بسبقه) ، والذي
دل على ان الجار اولى من غيره ببر جملته بسبب قرينه واتصاله ، وهذا يدل على ان هذا الحق ليس
تصا به وان هناك من يشاركه فيه ، وان كان الجار اولى بالبر من غيره . على ان التعبير باحق
التعديني تحريم البيع قبل الموضع على الجار ، بخلاف لا يحل الذي يفهم منه انه يحرم او يكره ذلك
يبيع قبل ان يستاذن شريكه .

ونه تخلص من هذا ان حديث : الجار احق بسبقه ، لا يدل على استحقاق الجار للحصة ،
نصا يدل على انه يستحق البرور والاحسان اكثر من غيره ، ومن ذلك البرور ان يمرض عليه جاره
بقار الذي يريد بيعه ويقدمه على غيره . فان لم يرد شراءه ، او لم يمرضه عليه ، فلا يثبت له اي حق
الشفعة ، بخلاف الشريك .

وهذا ايضا يفسر الحديث الآخر : جار الدار احق بدار الجار ، اي ان الجار اولى من
غيره بشراء دار جاره عندما يريد هذا الجار بيعها . وهذا يؤيد الى انه ينفي للجار ان
اسم جاره بانه يريد بيع داره او ارضه . وليس في هذا الحديث ما يعني انه يحق له ان يفتح
بابا جاره .

ثانيا : اما حديث الجار احق بشفعة جاره ، فقد سبق ان ذكرنا انه حديث ضعيف لا
شع به ، لانه يتعارض مع الحديث الصحيح الذي يجعل حق الشفعة مقصورا على الشريك
الدام لم تقع بينه وبين شريكه مقاسمة تشع عنه تعيين نصيب كل شريك بحده .

ثالثا : اما القياس الذي احتج به اصحاب الرأي الثالث فقد انتقده الجمهور من حديثين :
الاولي : انه يتعارض مع الحديث الصحيح الذي يصرح بان الشفعة لا تثبت الا للشريك
تثبت لغيره . ومن المعروف انه لا يقبل القياس مع وجود النص المخالف له ، لان القياس لا يستبر
درا من هاء التشريع وازيحا من طرق استنباط الاحكام الشرعية الا عند عدم وجود نص في الموضوع .
الدام هذا النص يصرح باختصاص الشريك بالشفعة ، فلا يجوز لغيره ان يقيس الجار له في اثبات
الاحق لذلك الجار .

الثانية : انه من المعروف ان اهم شرط في صحة القياس ، ان يكون القياس والمقيس
به متعينين في الملة . وهذا غير متوفر في هذا القياس ، لان الضرر الذي يدخل على الشريك
لا يخلو شخص اجنبي مكان الشريك القديم والذي شرعت الشفعة من اجل رفعه ، اشد بكثير
الضرر الذي يصيب الجار من حلول جار آخر مكان جاره القديم . ولهذا لا يمكن قياس الجار
من الشريك .

واما ما اجابوا به على الحديث الذي يدل على انحصار الشفعة في العقار المشترك ، وهو
فصة فوصا لم ينقسم ، فاذا وقعت الحادثة وصرفت الطريق فلا شفعة ، فانه يرد بما يلي :
أ ب قولهم ان الالف واللام في قوله الشفعة ، ليست للاستحقاق وانما هي للمبالغة ، جساب

حديثه ، لان الاصل ان الالف واللام تسرى للاستغراق . وقد تأكد هذا الاستغراق بقوله
 الحديث : فاذا وقعت الحدود وصرفت النار فلا شفعة . مما يدل على انحصار الشفاعة
 المقار المشترك .

بما قولهم انه يمكن ان يكون ما جاء في الحديث من قوله : فاذا وقعت الحدود وصرفت
 النار فلا شفعة . من كلام الراي غير مقبول ، لانه لا يمكن رد الحديث الصحيح بمجرد الاحتمال
 دعاء بانسه مدرج وليس من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم .
 ج . قولهم ان الحديث ورد ليدل على انه لا يحق للشريك ان يشفع ما خرج لشريكه
 تنضي المقاسمة . في غاية البعد . لانه لا يمكن ان يتوهم احد ان الشريك اذا اقتسم
 مشار المشترك فان لاحدهما ان يشفع ما خرج للآخر بمقتضى هذه القسمة كما لا يتوهم
 ان من باع نصيبه ثبت له الشفعة عند المشتري ، لما هو معروف من ان الشفعة
 ثبت للمالك القديم ضد المالك الجديد .

النقطة الثالثة : مناقشة ابن القيم .

حاول ابن القيم ان ينتصر لمذهب الجريين وان يرجعه على ما نسب الجمهور وقد ذهب
 رافقيين . ولذلك ذكر ان حديث عهد الملك رواه اهل السنن الاربعة ، وانه حديث صحيح
 يرد رقبهم ما قيل حوله . لان عهد الملك حافظ ثقة صدوق لم يتعرض له احد بمخرج
 عنه . بل ان ائمة زمانه اثنوا عليه . ثم ذكر ان سبب انكار العلماء على عهد الملك هذا الحديث
 هم انوا ان هذا الحديث مخالف لحديث جابر الذي رواه الزهري عن ابي سلمة عنه ، ورواه ابن جريج
 عن ابي الزبير عنه . ويحيى ابن ابي كثير عن ابي سلمة عنه . وقد تقدم نص هذا الحديث . فلما
 انفرد عهد الملك انكسر الائمة عند يشه . ولم يقد موه على حديث هؤلاء الحفاظ . قال يحيى بن يحيى
 ؟ اصي : سالت احمد بن حنبل عن حديث عهد الملك هذا فقال : قد انكره شعبة . فقلت : لاي شيء
 سره ؟ فقال : حديث الزهري عن ابي سلمة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم خلاف ما
 قال عهد الملك عن عائشة عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم .

ثم حاول ابن القيم ان يوضح ان حديث عهد الملك لا يناقض حديث ابي سلمة ، وذلك
 ان مفسوم حديث عهد الملك يوافق ضطوق حديث ابي سلمة . ان الحديث الذي رواه ابو سلمة
 في الشفعة بالجب وأرفوما اذا كانت الحريق مختلفة . ويفهم من ذلك ان الجمار اذا كان له طريق
 عند صنع جماره فانه يستحق الشفعة . وهذا هو ما صرح به الحديث الذي رواه عهد الملك عن
 جابر حينما قال : الجمار احق بشفعة بماره . . . اذا كان طريقها واحدا . ويفهم منه
 الجمارين اذا لم يكن طريقها واحدا فلا تثبت الشفعة . وهذا هو ما صرح به الحديث الذي
 رواه ابو سلمة عن جابر حيث ورد فيه قوله : فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

ونكنا انتهي العاصمة ابن القيم : ان الحديثين يدلان على شيء واحد ، وان كانت رواية
 في الدلالة مختلفة . فلما يدل عليه حديث ابي سلمة بالشفعة اذ هو يردل عليه حديث عهد الملك بالمفسوم
 ما يدل عليه حديث عهد الملك بالمطوق ، يدل عليه حديث ابي سلمة بالمفسوم . ثم قال : وهذا يثبت

الحصة المخصصة بثمن يصدق الآخر ويوافقها ، لا يحارضة ويناقضه . وهكذا توافقت السنن بحمص
بأنه وأثلفت ، وزال عنهما ما يالسن بغيرها من التمسارفي (1) .

وقال بعد هذا : وعلى هذا فنقول البصريين هو الوسط الجامع بين الأدلة الذي لا يحصل
رواه ، وهو أنه إن كان بين الجارين حصة مشتركة من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك
من الشفعة . وإن لم يكن بينهما حصة مشتركة البتة ، بل كان كل واحد منهما مهيأاً ملكه
لحقوق ملكه فلا شفعة (2) .

ومعد ذلك فإن بين الأقوال الشذفة ليرجع منها قول البصريين فقال : فاهل الكوفة يشقون
الشفعة الجوار مع تمييز الدار والحقوق . واهل المدينة يسقطونها مع الاشتراك في الطريق
مستوفى . واهل البصرة يوافقون اهل المدينة إذا صرفت الدار ولم تكن هناك حقوق من حقوق
الملك . ويوافقون اهل الكوفة إذا اشترك الجاران في حصة من حقوق الاملاك كالطريق وغيره .
فما هو الصواب ، وهو تعديل القول ، وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية (3) .

والظاهر من كلام ابن القيم أنه قد قلل منها صرح به الحديث الذي رواه ابو سلمة عن جابر
وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم . فان التصريح بان الشفعة
ما تكون نوصاً لم يقسم . يدل على لالة صريحة على ان الشفعة لا تكون الا بين الشركاء . بل ان الحديث
في رواه مالك في الموطأ صرح بلفظة الشركاء ، حيث ورد فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
في بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء . كما ان الحديث الذي أخرجه ابو داود عن ابي هريرة
عن علي ما يلي : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا قسمت الارض وجدت ثمة شفعة فيك
له الشاة يت كلنا تصرح بان الشفعة انما تثبت للشريك الذي لم يقسم . وكيف يقال بعد ذلك
ان تدل بقانونها على الجارين اذا كانت طريقتهما واحدة فان الشفعة تثبت لهما حينئذ . وكيف
ان ايضاً ان قوله . وصرفت الدار فلا شفعة ، صريحة في ان الجار اذا كانت طريقه في سكة اخرى
شفعة له . ويقسم ضمه انه اذا كانت طريقه في نفس طريق جاره فله الشفعة ، من انفسه
كسر للجار أصلاً في هذه الاحال حيث ولا اشارة اليه . وانما هي خاصة بالشريك .

الفصل الرابعة : الشفعة

يتمين من استمرار آراء الفاضل حصول الشفعة الذي ثبت له الشفعة ومناقشة حجج كل من ذهب
الحديث الذي يتمسك به الجندور صريح في ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فقط لانه لا يعلل ان الشفعة
في قاسم شريكه ، واصبح نسب كل واحد مناه وطرقه لم يبق هناك مجال للشفعة حينئذ . وهذا
نسي ان الشريك الذي قاسم لا يستحق الشفعة ، مع ان هذا الشريك اصبح بعد القسمة جارا . ولا يمكن
معدلاً ان هذا الحديث على ان الجار يستحق الشفعة اذا كانت الطريق مشتركة مع جاره ، بناء على قوله :
ان قوله :

أما ما لم يقسم الموقف من سنن 131/2 .

أما ما لم يقسم الموقف من سنن 130/2 .

أما ما لم يقسم الموقف من سنن 131/2 .

في الطريق فلا شفعة ، يتقضي انه ان لم تحرف الطريق بل بقيت م تركة ثبتت الشفعة . لان ذلك لا يثبت
 فيه في الحديث : اذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة . انه ان معنى الحديث الصريح انه لا
 شفعة في طريق نعم ونحوه بالحدود ، كما . شفعة فيما اوضح له طريق خاص . ومنه على ذلك لا تثبت
 شفعة فيما قسم وصنعت حدود كل قسم ولو بقي الطريق مشتركيا . زيادة على ان الشفعة لا يقبلسون
 نجاها بالانضمام المالك . ولذلك يستقيم القول بان الجار يستحق الشفعة اذا كان
 يقي مشتركيا بينه وبين جاره احتدادا الى ما يفهم عن طريق المرافقة من قوله : (وصرفت الطريق)
 في يعتبر حديث عهد المالك مضافا الى حديث أبي سلمة وهو دام حديث أبي سلمة ينفي الشفعة عن
 جاره ، وحديث عهد المالك يعقد بينهما في شفعة انضمام الطريق ، وما دام حديث أبي سلمة
 ثابت نوجب ترجيح حديث عهد المالك الذي تكلم فيه العلماء واتهموا راويه هذا بأنه ليس
 حديث . والله اعلم به . والله اعلم . وفي لفظه ان رجعه عهد المالك في الحديث .
 وما ذكره ابن القيم من ان عهد المالك حافظ ثقة صدوق لم يتعرض له احد بفتح اليتم
 بها نقلناه سابقا عن علماء الحديث من انكسار في عهد المالك هذا .
 وهذا يبين ان ارجح الطائفتين في شفعة الجوار ، وهو الذي يرى ان الشفعة
 هي من الشفعة بالشرية التي لم يتاسس . لان هذا الرأي هو الذي يستند اليه الحديث الصحيح
 روي عن عدة طرق وبواسطة رواية يوشق بنهم . كما يشهد اليه المناهق والقياس .
 ولذا يقول ابن السري : المتداول على الحديث الصحيح : قضى رسول
 صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم . وهذا يدل قطعا على انضمام
 الجار الى المالك الذي يملك الشفعة ، وليس للجوار شفعة مضملة . واكد ذلك
 في : اذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة ، وهذا ببيان شاف ، ونفسه
 كما يثبت ذلك (1) .
 ولهذا نستعمل قوله ونفسه في مقتضى على احكام الشفعة فيما بين الشركاء .

البحث الثاني التي الذي ثبت له الشفعة

بعد ان عرفنا ان الشفعة تثبت الا للشريك ، ولا تثبت لغيره ، وننقل الى الكلام على الشريك الذي يستحق الشفعة ، فهذه الشروط التي يجب ان تتوفر فيه ليثبت له الحق في الشفعة ، ثم نعالج حول ما اذا كان يجوز للشريك ان يشفع من اجل ان يفسد لغير ما شفعه .

النقطة الاولى : شروط شفعة . لا يستحق الشريك الشفعة الا اذا توفرت فيه اربعة شروط هي :

(1) ان يكون شركا على الشياع .

(2) ان يكون شركا في الرتبة . (في الحق التابع لها والذي يراه شفعا) .

(3) ان تكون شركته ثابتة .

(4) ان يكون طيبا بالتصديق .

(1) الشروط الاولى / ان يكون شركا على الشياع .

الشريك الذي يستحق الشفعة ، هو الشريك بجزء شائع ، اي الذي يملك في المقارعة مائة في مائة ، كثلث او ربع او جزء من خمسة عشر جزءا او مائة في المائة او غير ذلك . ولا شك في ان هذا الشريك يملك في كل جزء من المقارعة ، وان ملكه هذا غير معين ولا مفرز بل هو شائع في جميع المقارعة ، ولذلك لا يمكن تعيين الجزء الذي يملكه ، فلا يمكن ان يقول ان حصة هذا البيت من هذه الدار او هو هذا الجانب من الشفعة . وينبغي على ما ذكرنا من ان الشريك بجزء شائع هو الذي يستحق الشفعة دون غيره ، ان الشركاء الاربعة لا يستحقون الشفعة . وهم :

(1) الشريك بمساحة معينة . (2) صاحب العلى (3) الشريك المفلس او

أولاً : الشريك بمساحة معينة . يرى المالكية ان الشريك بمساحة معينة لا يستحق الشفعة ، وذلك كان تكون هناك قطعة ارض مساحتها هكتار مثلاً ، وتكون تلك القطعة مملوكة لثلاثين او اكثر ، ويكون لشخص آخر فيها مائة متر . فان هذا الشخص لا يستحق الشفعة لانه لا يملك جزءاً شائعاً ، وانما هو شريك بمساحة معينة هي مائة متر . ولهذا اذا باع صاحب المائة متر ما يملكه فلا شفعة للآخرين ، وانما باع الآخر لم يكن لصاحب المائة متر الحق في الشفعة . سواء كانت المساحة التي يملكها هذا الشريك معينة ، كما ان تكون الامار المائة مفرزة بملاسات وحدود ، او لم تكن معينة بان كانت شائعة . كما لو فرضنا ان شخصاً اراد ان يشتري قطعة ارض مساحتها خمسة هكتارات ، فطلب منه محبته ان يشاركه فيها بالف متر ليقم عليها داره مثلاً ، فان صاحب الالف متر يبيع شركا مع صاحب الباقي ، ولكنه لا يملك جزءاً شائعاً ، وانما

هــم شريك بمساحة معلومة وهي السف مسر ، وإن كانت هذه المساحة غير معينة بحدودها .
وتشير إلى أن المالكية انتقلت إلى الشريك بمساحة معلومة لا يستحق
الشفعة إذا كانت هذه المساحة معينة . لأن هذا التعيين يزيل عنه صفة الشريك ،
ويجعله مجرد جاره وقد سبق لنا أن الجار لا يستحق الشفعة عند الجماع .

أما إذا كانت المساحة غير معينة بل شائعة ، فقد قال مالك لأشفعة فيها
أيضا ، ورجح ابن رشد هذا القول وأقضى به وحكم به بأمره . وقال أذهب بشيخو
الشفعة فيها (1) .

وأما رأي مالك أنه لا شفعة في الشراكة بالمساحة ولو كانت شائعة ، إلا أن هذا
أن يوم ليعز كل من الجزر كالثلاث أو الربع . لأن الجزر يكون شائعا في كل جزر من
المقار المتترك كلها صغر ذلك الجزر . فمن كان شريكا بالربع مثلا فإن ذلك الربع
يكون شائعا في كل جزر من المقار . فهو شريك في نصف المقار وفي ثلثه وفي سدسه
وفي كل ذرة منه ، ولو فرضنا أن لشخص جزرا قدره العشر في أرض مساحتها عشرة أقدام (2)
فإن ذلك أن لذلك الشخص عشر كل جزر من تلك الأرض ، فهو شريك بالعشر في عشرة
الأقدام وفي كل أقدامها . وفي كل جزر من الأقدام كلها عشر . بخلاف ما إذا كان
شريكا في تلك الأرض بمساحة معينة كعشرة ذراع فإنه يعتبر شريكا في كل جزر لا يقل
عن عشرة ذراع . ولذلك يعتبر شريكا في الأقدام العشرة ويعتبر شريكا في كل أقدام
منه بأربعة ذراع ، ولكنه لا يعتبر شريكا فيما يقل عن المائة ذراع .

وصما يدل على الفرق بين الشريك بجزر شائع . والشريك بمساحة معينة ، أن المساحة
المنية يضمها البائع وحده ، ولو فرضنا أن شخصا يملك مائة ذراع غير معينة في أرض ثم باع
أصبا الأرض أرضه التي فيها تلك الأرض المملوكة للشريك . ثم نصب بعض هذه الأرض ،
أو تعين أن شخصا آخر يملك بعضها . فإن المشتري لا يضمها لصاحب الأرض شيئا منها
وأما يضمها البائع وحده . بخلاف الجزر الشائع ، فإن من اشتراه ثم نصب
يضمها للشريك نصيبه الذي كان تحت يده إذا شطبه الفص (3)

(1) الزرقاني علي خليل 170/6 . والحداد 310/5 .

(2) الأقدام مساحة من الأرض تساوي ألف متر مربع .

(3) الزرقاني علي خليل 170/6 .

ثانياً : صاحب الملو . اذا كانت دار مشتركة بين شخصين ، يملك احدهما الدابق السفلي ، ويملك الآخر الدابق العلوي ، فاذا باع احدهما ما يملكه ، لم يكن الآخر ان يشفعه . لان ملك كل واحد منهما مميّز عن ملك الآخر ، وليسا شريكين . وانما هما بمنزلة الجارين (1) .

ويرى الحنفية انه اذا كان طريق صاحب الملو هو نفس طريق صاحب السفلى فان الشفعة تثبت بينهما بسبب اشتراكهما في الطريق . لاننا راينا ان الحنفية يرون ان الشركة في الطريق توجب الشفعة .

(2) اما اذا كان طريق الملو غير طريق السفلى فان الشفعة بينهما تكون بالجسوار والنافذة يثبتون ايضا الشفعة بين صاحب الملو والسفلى (3) .

ثالثاً : الشريك المفاوض . اذا كان شخصان شريكين شركة مفاوضة (4) في عدة مقارات ، ثم باع احدهما نصيبا في عمار من تلك المقارات ، فلا يحق لشريكه ان يشفعه لان ملك النصيب الذي وقع عليه البيع شركة بين البائع وشريكه . كما ان الباقي من ذلك المقيار يكون يبيع يشتر شركة بينهما (5) وهذا يعني ان البائع لم يبيع نصيبه فقط ، وانما يبيع

جزءاً من نصيبه ، وجزءاً من نصيب شريكه . اي انه كان نائباً عن شريكه في هذا البيع ، فكان هذا الشريك هو الذي باع ذلك النصيب . ومن المعروف ان البائع لا يحق له ان يشفع ما يملكه .

الشرط الثاني : ان يكون شريكاً في الرقبة .

الشريك الذي يستحق شفعة جزء من المقيار هو الشريك بجزء شائع في ذلك المقيار المبيع نفسه ، حيث يكون مالكاً لجزء شائع من رقبة المقيار ولا يكفي ان يكون الشخص مالكاً لحق ارتفاق ، او حق انتفاع من عمار لوكنه ان يشفع ما يبيع من رقبته . وفي هذا يقول صاحب فتح العزيز : والمراد من الشريك بالملك ، ملك الرقبة ، اما اذا لم يملك الا المنفعة ، اما مؤقتاً ، او مؤبداً ، بان اوصي له بالمنفعة ، لم يكن له الاخذ بالشفعة . (6)

(1) الزرقاني 179/6 . قال هناك : الجار في الحقيقة هو من على يمينك او يسارك او امامك وخلفك وهذا فوقه وتحتيه . فاطلاق الجار عليه مجاز .

(2) فتح الميعين 337/3 .

(3) حنفية الحديث 138/3 .

(4) شركة المفاوضة هي ان يطلق كل واحد من الشريكين التصرف لصاحبه في المال الذي حدهاه كراس مال للشركة ، بحيث يحق لكل واحد من الشريكين ان يتصرف به دون مشورة الآخر سواء كان هذا الآخر حاضراً او غائباً . وكل ما ينمله احد الشريكين فيما يتعلق بالشركة يلزم الآخر . من الهندسية 197/2 .

(5) الرقبة 288/6 .

(6) فتح العزيز على شرح الوجيز 404/11 .

وجاء في نوازل القاضي عن ابن رشد ما نصه : ذهب مالك رحمه الله
وجميع أصحابه أن لا شفعة في الأصل إلا فيما بين الشركاء ، على ما ثبت من قضاء رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما بين الشركاء ما لم تنفع الحصة ، والشريك
باجتماع أهل العلم ، إنما هو الذي يشارك الرجل في رغبة طبعك بجزء معلوم على
الاشافعة (1) .

ونشير إلى أن مالك لجزم شائع من رتبة المقار ، يحركه أن يشفع نصيب شريكه
في الرقبة ولو كان قد فوت حقه في الانتفاع من ذلك المقار أثر الغير لمدة معينة أو غير
م معينة ، وإنما على ذلك يجوز للمصر أن يشفع ما باعه حقه ، كما أن لمن حبس نصيبه
على أن يعود إليه أن يشفع ما باعه شريكه ، وللمن عار نصيبه في عمار أن يشفع ما باعه
شريكه في ذلك المقار .

(1) المصمر . إذا كان لشخص نصيب شائع في عمار فوجب لشخص آخر الحق
في الانتفاع من ذلك النصيب مدة عصر الموقوف له ، وإنما مدة انتفاع المصمر (فتحها)
باع شريك المصمر نصيبه ، فإن لشريك المصمر أن يشفع ذلك النصيب ، لأنه شريك في
الرقبة ، وإذا كان لا يملك الآن حق الانتفاع بنصيبه ، فيعود إليه هذا الحق بعد مسوت
المصمر (بالفتح) (2) .

(2) المحبس . من المعروف أن المصمر إذا حبس عماراً أو نصيباً في عمار على شخص أو
على جهة فإن ما حبسه يخرج عن ملكه . ولذلك لا يفتقر له الحق في أن يشفع
النصيب الذي يباع من ذلك المقار لأنه لم يبق شريكاً فيه . كما أن المحبس عليه لا يستحق
الشفعة لأنه ليس شريكاً في الرقبة وإنما يطاع الشفعة فقط ، ولكن يمكن أن يحبس
الشخص نصيبه في عمار لمدة معينة ونصيب عماره عندما تنتهي هذه المدة يعود ذلك
النصيب إلى ملكه ، أو يصبح مملوكاً لشخص معين ، أو يصبح مملوكاً للمحبس عليه ، فحينئذ
يمكن لمن ميسر إليه ذلك النصيب أن يشفع ما يبيعه الشريك في ذلك المقار . وإنما
على هذا تصور الشفعة في المحبس في الأحوال الآتية :

(أ) إذا حبس شخص نصيبه على شخص أو أشخاص أو على جهة معينة ، واشتراط
أن يعود إليه ذلك النصيب بعد مدة محددة ، أو بعد موت المحبس عليهم . وقبل أن تنتهي تلك
المدة باع أحد الشركاء الآخرين نصيبه في ذلك المقار ، فإن لهذا المحبس أن يشفع ذلك النصيب
سواء أراء أن يحتفظ بذلك النصيب لنفسه ، أو أراء أن يحبسه بغيره فيطرح فيه نصيبه الأول ، أو في غيره (3)

(1) نوازل المشي الزاوي 432/3 .

(2) الخطاب 311/5 نقلاً عن ابن الحاجب .

(3) الزرقاني 170/6 . وذكر الرهوني في حاشيته على الزرقاني أن في هذه المسألة عدة أقوال :

أ - قول طراف وابن المطحون وأصح أنه يجوز لكل من المحبس والمحبس عليهم أن يشفعوا .
ب - لا يجوز للمحبس ولا للمحبس عليه أن يشفع . ويرى النخعي أن هذا أقول أقبح أي أنه موافق للقياس .
ج - ذهب المذونة أن الشفعة للمحبس ، ومن المحبس عليه . وظل الخصي ذلك بأن المحبس عليه

ليس شريكاً في الأصل . حاشية الرهوني 254/6 .

(ب) إذا حبس شخص نصيبه على شخص أو جهة ، واستمر ان يعود ذلك النصيب بعد مدة الى شخص آخر . وغفل مدة الحبس باء احد الشركاء فيه ، فيجوز للشخص الذي سيؤول اليه ذلك النصيب ان يشفع لانه سيبرر . وكذا .

(ج) إذا حبس شخص نصيبه على شخص أو أشخاص ، واستمر ان يصبح المحبس عليهم او احدهم بعد مدة مالاكيا لذلك النصيب المحبس ملكية تامة ، فيحقق حينئذ . لهذا المحبس عليه ان يشفع ما باعه الشريك (1) في ذلك العقار المحبس به ، لانه سيصير مالكا خاصا بعد انتهاء مدة الحبس . ومن ذلك ما ذكره الزرقاني عن ان من حبس نصيبه في دار على عشرة أشخاص وذكر انه اذا ما تناولهم ين الا فظن انه ياخذ ملكا فان له الخصخصة (2) .

اما المحبس في الحالاتين الاخيرتين فلا يحقق له ان يشفع ، لانه لم يبق شريكا ، ولا ينتظر ان يصير شريكا ما دام قد اشترط ان يعود النصيب المحبس الى شخص آخر . واستثنى بعض الفقهاء حالة واحدة ، وهي ما اذا اراد هذا المحبس ان يشفع نصيب شريكه ليحبسه في مثل ما حبس فيه نصيبه ، فيحقق له حينئذ ان يشفع ما باعه شريكه (3) . واما اذا حبس شخص نصيبا من عقار على شخص او على جهة معينة ثم باع احدهم الشركاء في ذلك العقار نصيبه فيه ، فان المحبس عنهم لا يستحقون الخصخصة .

وقد علل المالكية ذلك بان المحبس عليه ليس شريكا في الرقعة ، وانما يملك الخصخصة فقط . والشفعة لا تكون الا للشريك في الاصل ، ولا عبرة بحركة الرقعة . كما سبق ان ذكرناه . وقد نص ابن قدامة على ان حركة الوقف لا تثبت بها الشفعة عند الحائلية وعند الشافعية ، وعللوا ذلك بان الحبس لا يشفع به . وبان المحبس عليه اما ان يعتبر غير مالك بنفسه ، على ان الحبس غير ملوك لاحد ، واما ان يعتبر مالكا ولكن ملكه غير تام لانه لا يمكنه ان يتصرف في العقار المحبس عليه تصرف المالك في ملكه ، ولذلك لا يستحق الشفعة (4) .

وإذا كان المحبس لا يستحق الشفعة فيما باعه الشريك في العقار ، فانه ليس لنا ظن من الموقوف ان يطالب لفائدة الاحباس بالشفعة فيما باعه شريك الحبس ، لان الناظر ينسحب عن المحبس عليه . وذكر المهدي الوزاني بعد ان ساق عدة نقول ليحتاج بها على ان ناظر الاحباس ليس له الحق في الشفعة : وعلى عدم الاخذ راينا النما من فيما انتهى اليه علما (5) .

(1) البجيجية للتسول في 110/2 .

(2) الزرقاني / 6 / 170 .

(3) نفس المرجع والمواق 311/5 .

(4) المفني في 500/5 .

(5) نوازل المهدي الوزاني في 432/3 .

ويمتنع من ذلك حالة واحدة وهي ما اذا جعل المحبس لناظر الوقف ان يشفع ما يبيعه شريكه في العقار الذي حبس نصيبا منه ، ليلحقه بذلك الحبس الاول ، فيحقق له حينئذ ان يشفع ما يبيعه الشريك من اجل تحقيق رغبة المحبس في جعل ذلك النصيب يحقق نفس الغاية التي حبس فيها المحبس الاول . (1)

من اليد وهي انه لا يحقق لناظر الوقف ان يطلب الشفعة لنفسه فيما باعهه شريك الحبس ، لان هذا الناظر ليس شريكاً . (2)

(3) المعتبر ما اذا اعار شخص ارضه لجمعية ، فقام هو لا بالبناء فيها ، او غرسوا فيها اشجارا ، ثم باع احد هم نصيبه في البناء او الشجر ، فان الحكم يختلف باختلاف الحالات الاتية :

أ - اذا كانت مدة الاعارة محددة بوقت معين ، ووقع البيع قبل انتهاء المدة ، وتسلم البيع على اساس ان يبقى البناء او الخرس قائما الى انتهاء المدة ، أو سكتا عن ذلك ، فان للشركاء في الشفعة ان يشفعوا ما باعهه شريكهم في ذلك البناء او الخرس ، ولاحق للمصير ان ياخذ نصيبا من ذلك .

ب - اذا كانت مدة الاعارة غير محددة بوقت معين ، وكان هناك عرف يقضي بان اعسارة الارض تمتد الى مدة معينة ، ووقع البيع قبل مضي هذه المدة التي جرى المرفع عليها ، وتسلم الاتفاق على ان يبقى البناء قائما الى ان تنتهي الاعارة ، فان للمصير صاحب الارض ان ياخذ من المشتري ما وقع عليه العقد وبقية البناء او الشجر ، ويكون له الخيار بين ان يدفع للمشتري اما ثمن ما اشتراه منه ، او قيمته على اساس ان يقيم ان يقيم ان يقوم ذلك البناء او الشجر على حالته وياخذه صاحب الارض بمسند ان يؤدى للمشتري قيمته .

ج - اذا وقع البيع على اساس ان يخدم المشتري ذلك البناء وياخذ انقاضه ، او يقلب الا جسا وياخذها ، بحيث يكون المشتري قد قصد من هذا العقد الحصول على انقاض البناء ، او على غيب الشجر . فان لصاحب الارض ان ياخذ ذلك البناء او الشجر من المشتري ، ويكون مخيرا بين ان يدفع للمشتري الثمن الذي اداه للبائع ، او قيمة ذلك البناء او الشجر على اساس ان يقيم ان يقيم ان يقوم الشجر على اساس انه مقبوض ، ويقوم الشجر على اساس انه مقبوض ، ويؤدى تلك القيمة . وهذا يعني ان المصير صاحب الارض لا يجب عليه ان يؤدى الا الاقل من المبلغين المذكورين .

(1) الزرقاني في 171/6 .

(2) الزرقاني في 171/6 .

ولا باس من الاشارة الى ان قانون كل من مصر (939) ولبنان (254) يسير على انه لا شفعة في الوقف . ويتفق نفس هذا الحكم في العراق رغم سكوت القانون " لانه تطابق لحكم الشريعة " اما القانون الليبي فقد سار على نفس الحكم الا انه امتنع حالة واحدة وهي المنصوص عليها في الفصل 5 / 2 لا يجوز للوقف ان ياخذ بالشفعة ، ولم يحتفظ الواقع بذلك في حجية الوقف الا على . وسرى انه في ظل القانون المغربي تمنع الشفعة في الوقف الا بالنسبة للوقف الذي تكون شفيعته لأشخاص ويباع احد نصيبه في تلك الشفعة في الحالة التي يجوز له فيها ذلك .

ويطبق هذا الحكم سواء كانت الأمانة محددة المدة ، وانتهى أجلها عند البيع ،
اولم ينته ، او كانت الأمانة غير محددة المدة ، وانتهت المدة العادية لأمانة الأرض ولم
تنته .

وقد رأى المالكية أن صاحب الأرض يقدم في هاتين الحالتين الأخيرتين على شريك
البائع ، بحيث إذا أراد الشريك أن يشفع ما باعه شريكه في البناء أو الشجرة ، وأراد
صاحب الأرض المميز أن يأخذ ذلك البناء أو الشجرة ، فإن صاحب الأرض أولى من الشريك
بذلك .

ونشير إلى أن ثبوت الخساق للمميز صاحب الأرض في أخذ البناء والشجرة في هذه
الحالات من يد المشتري ، وتقديره على الشريك ، لا يعتبر من باب الشفعة ، لأن المميز
ليس شريكاً للبائع في البناء أو الشجرة ، وإنما هو من باب دفع الضرر عن المميز (1)
وهكذا يتبين لنا أن الشريك في الرقبة يستحق الشفعة ولو كان لا يملك الشفعة
حينئذ يبيع شريكه نصيبه ، إذا كان سيمود إليه حق الانتفاع .

وعلى العكس من ذلك ، فإن مالك الشفعة فقط لا يستحق الشفعة إلا إذا كان
سيمود مالكاً للرقبة أيضاً . وبناءً على هذا فإن المميز (بفتح) لا يحق له أن يشفع
ما باعه شريك المميز ولا ما باعه المميز نفسه ، لأن هذا المميز ليس شريكاً في
الرقبة ، ولا ينتظر أن يصبح شريكاً فيها . وكذلك المحبس عليه ليس شريكاً في الرقبة ،
ولا ينتظر أن يصبح شريكاً (2) .

نعم إذا كان من المنتظر أن يصبح مالك الشفعة مالكاً للرقبة ، فإن له
الحق في شفعة ما يبيعه الشريك في تلك الرقبة . وهذا ما أقرنا إليه سابقاً
من أن المحبس إذا اشتراط أن يصبح المحبس عليه أو أحد المحبس عليهم مالكاً للنصيب
الذي حبسه عليهم فإن له الحق في شفعة ما يبيعه الشريك في ذلك المقار بالرغم
من أن هذا المحبس عليه لا يملك الآن إلا الشفعة ولا يملك الرقبة ، وذلك لأنه من المنتظر
أن يصبح مالكاً للرقبة أيضاً عند انتهاء مدة المحبس .

ونشير في الأخير إلى أن هناك حالات ذكر الفقهاء أن الشريك لا يستحق فيها الشفعة ،
بالرغم من كونه شريكاً بنصيب شائع في رقة المقار . ومن هذه الحالات : الشريك في الحائط المشترك ،
الشريك في الشريك أو في أحد المرافق ، والذي آل إليه نصيب في عقار عن طريق الوصية ، والوارث
الذي يأخذ نصيب مورثه عن طريق التوقييم بينه وبين باقي الورثة .

(1) الشريك في الحائط المشترك . إذا كان لشخصين عقاران متجاوران يملك كل واحد منهما
عقاره ملكية مفردة ، وبين المقارين حائط مشترك بينهما ، فإذا باع أحد المالكين عقاره بمساحة

(1) الزرقاني 177/6 .

(2) الزرقاني 176/6 .

(1) عليه من النصيب في الحائط المشترك ، فان الآخر لا يستحق الشفعة في ذلك الحائط .
بالرغم من كونه شريكاً فيه على الشياع ، لان ذلك الحائط يتبع العقار ولا يمكن ان تنسب
عنه صفة الاشتراك .

(2) الشريك في الطريق او في احد المرافق :

أ - مالك العقار الذي يملك طريقاً في عقار جاره يمر منها الى عقاره اذا باع جاره
ذلك العقار فلا حق لذلك الجار في الشفعة بالرغم من كونه يملك في العقار المسمى
تلك الطريق .

ب - وكذلك اذا كان لشخصين عقاران متجاوران ولهما طريق واحدة يمران منها
فاذا باع احدهما عقاره ، فان جاره لا يستحق الشفعة بالرغم من كونه يملك الطريق التماسي
تؤدي الى ذلك العقار (2) .

ج - اذا قسمت بيوت الدار واختص كل شريك ببيت او بيوت منها ، وتمت مرافقتها
من ناحية وطريق ودرج وباب مشتركة بين المالكين ، ثم باع احدهم البيت الذي يملكه
بتصميمه من تلك المرافق التي لم تقسم ، فلا حق لباقي الملاك في الشفعة بالرغم
من كونهم شركاء على الشياع في المرافق ، اي انهم لا يحق لهم ان يشفعوا ذلك البيت
لانهم ليسوا شركاء فيه ، كما لا يحق لهم ان يشفعوا نصيب الباقي في تلك المرافق لانها
تابعة لذلك البيت ومخصصة لمنفعة .

فان باع مالك البيت نصيبه من المرافق دون البيت .

أ - فان بقي هذا البائع يستعمل تلك المرافق بالرغم من بيعه نصيبه فليس له
فان لشركائه في تلك المرافق ان يتعرضوا على ذلك البيع لانه يضر بهم . لانهم
اضاف اليهم شريكاً آخر يضيق عليهم في استعمال تلك المرافق .

ب - وان انقطع عن استعمال تلك المرافق ، كما اذا استعمل مرافق اخرى ، فان
كان قد باع نصيبه في تلك المرافق لبعض شركائه فيها ، فان لباقي الشركاء الحق
في ان يشفعوا ذلك كل على قدر نصيبه وذلك بناءً على القول الذي يرى ان الشفعة تنسب
فيها لانقسم . وان كان قد باع نصيبه من غير الشركاء ، فشركاؤه بالخيار بين ان يتعرضوا
على بيعه لها فيه من الشرر بهم ، ومن ان يجيزوا بيعه ذاك ويأخذوا ما باعه بالشفعة (3)
(3) الموصى له بان يباع له نصيب معين من عقار الموصي . اذا اوصى شخصاً ببيع لشخص
معين جزء من عقار هذا الموصي . كما اذا قال : اذا مت فيعصموا لخالد الثلث من داري الواقعة في
المحل الفلاني . ثم نفذت الوصية ، فان الورثة لا يستحقون الشفعة من ذلك الموصى له ، لان الموصي
اراد ان يملك الموصى له ذلك الجزء من العقار المعين ويحوزه ، فاذا استعمل الورثة الشفعة فان ذلك
يؤدي الى ابطال قصد الموصي وعدم تحقيق رغبته .

(1) المهدي الوزاني سي 445/3 .

(2) الزقاني سي 171/6 .

(3) المهدي الوزاني سي 445/3 .

نعم ان كان للموصى شريك في ذلك المقارء فان لهذا الشريك ان يشفع النصيب الذي اشتراه الموصى له تنفيذا للوصية المذكورة ولو كان ذلك الشريك احد الورثة . لانه سيشفع حينئذ بصفتيه شريكا لا بصفته وارثا . (1)

اما اذا كان ذلك الموصى قد اوصى ببيع ذلك الجزء لغير محب فكما اذا قال : اذا مت فيبيعوا الثلث في عقاري الفلاني لاي مسكين . فيحق للورثة في هذه الحالة ان يشفعوا من المشتري (2) .

(4) الشريك للوارث الذي ياخذ نصيب مورثه عن طريق التقويم مع الورثة . اذا مات شخص وترك نصيبا في عقار يملكه مع شخص اخر . فتقام ورثته ذلك النصيب واخذ احد حصص بتلك القيمة التي عينوها له . فليس للشريك في ذلك المقارء ان يشفع ذلك النصيب من يمسك هذا الوارث . لان هذا الوارث اشترى من شركائه في الارث فهو اولى من الشريك الاخر لما سياتي لنا من ان الشريك الاخر يقدم على الشريك الاقدم . وهذا يعني انه لو باع هؤلاء الورثة ما عدا واحدا منهم نصيبهم في ذلك المقارء لكان لهذا الوارث الذي لم يبع حصة النصيب حصة دون ذلك الشريك . فذلك لا يكون لهذا الشريك الحق في الشفعة عند ما يتسبى من شركائه في الارث (3) وسياتي لنا ان الشفعة كما ثبتت في رتبة المقارء ان ثبتت ايضا . وبالاخر عند الطائفة . في الحقوق التابعة للمقارء والتمتعة به كالشارع والكرامه وسائر السقي . بحيث اذا فوت احد الشركاء في هذه الحقوق نصيبه بمعاونة وقياسا على الشركاء الحق في ان يشفعوه . سواء كانوا شركاء في المقارء الذي تنحل به هذه الحقوق ولا سيما اذا كانوا شركاء في الحق موضوع الشفعة .

ويبين من هذا ان الشريك في رتبة المقارء يحق له ان يشفع نصيب شريكه في الرقبة وان الشريك في الموقوف من الحقوق المتعلقة بالمقارء مما ثبت فيه الشفعة يحوز لها بنفسه نصيبا شريكه في ذلك الحق .

ونظرا يعني ان الشفعة لا تثبت الا للشريك في الحق الذي هو موضوع الشفعة . وينتج عن هذا ان الشريك في الرقبة دون المنفعة ولا يجوز له ان يشفع الحصة في المنفعة منه ما يفتوها احد الشركاء فيها . كما ان الشريك في المنفعة فقط لا يجوز له ان يشفع الا نصيب شريكه في المنفعة . ولا يجوز له ان يشفع الحصة التي يفتوها احدا . لكن الرقبة لانه ليس شريكا فيها . وان الشريك في الثمار فقط يجوز له ان يشفع نصيب شريكه فيها . ولا يجوز له ان يشفع نصيب احد الشركاء في رتبة المقارء الذي انتج تلك الثمار مادام ليس شريكا فيه . وتكسدا . وهذا يمكننا القول بانه يشترط في الشفع ان يكون شريكا في الحق الذي هو موضوع الشفعة . في الشيء المشفوع .

(1) الزرقاني 172/6 .

(2) نفس المرجع . وذكر ان في بعض التقارير مع الورثة من الشفعة حتى في هذه الحالة .

(3) السيار للنويز 69/8 .

الشرط الثالث : ان تكون شركته ثابتة .

عرفنا ان الشريك هو الذي يحق له ان يشفع نصيب شريكه عند ما ينتقل الى مالك جديده عن طريق المعاوضة .

ونتساءل الآن عن هذا الشريك هل يحق له ان يشفع سواء كانت شركته ثابتة قبل البيع او لم تثبت الا بعد البيع ، وسواء استمرت هذه الشركة بعد ان اخذ بالشفعة ، او لم تستمر .
اولا يحق له ان يشفع الا اذا كانت شركته ثابتة قبل بيع شريكه واستمرت الى ما بعد الاخذ بالشفعة .

للجواب على هذا السؤال يجب ان نصل الموضوع الى الحالات الآتية :

(1) ان تكون شركة الشفع ثلثية قبل ان يبيع شريكه نصيبه ، ويبقى شريكا حين البيع .
ويستمر على هذه الحال عند ارادته الاخذ بالشفعة . وفي هذه الحال يستحق الشفعة بالتفاسق العلماء .

(2) ان تكون شركة الشفع ثابتة قبل بيع شريكه لنصيبه ، ولكنه لا يستمر شريكا حينما يبيع شريكه ، ومثال ذلك ان يكون خالد ومحمد شريكين في عقار ، ثم يبيع خالد نصيبه ، ثم يبيع محمد نصيبه ايضا ، فلا يحق لخالد ان يشفع ما باعه محمد بصفته كان شريكا قبل . وقد اتفق العلماء على ذلك .

(3) ان تكون شركة الشفع ثابتة قبل البيع ، وفي حال البيع ، ولكنه لا يبقى شريكا عند ما يريد الاخذ بالشفعة . كأن يكون خالد ومحمد شريكين في عقار ، ويبيع خالد نصيبه ثم يبيع محمد نصيبه ، ثم يطالب محمد بان يشفع ما باعه خالد بدعوى انه كان شريكا عند بيع خالد لنصيبه . اختلف فقهاء المالكية حول ما اذا كان لمحمد الحق في هذه الشفعة
اولا .

أ - روى أصحاب ان مالكا قال مرة له الاخذ بالشفعة ، وقال مرة ليس له ان يشفع .
واختار اذهب انه لا شفعة لهذا الشريك (محمد في مثالنا) سواء باع حظه بعد علمه ببيع شريكه لنصيبه او قبل علمه بذلك . وهذا هو ظاهر قول ابن قاسم في المذونة .
ب - وروى يحيى عن ابن القاسم ان له الشفعة ، سواء باع حظه قبل علمه ببيع شريكه لنصيبه او بعد علمه بذلك . لانه استحق الشفعة بمجرد بيع شريكه لنصيبه ، فلا يزول له هذا الحق بباعه هو لنصيبه ، بل يبقى على حقه الذي وجهه له .

ج - وروى عيسى عن ابن القاسم قولا آخر هو ان هذا الشريك ان باع حظه قبل ان يخلص ببيع شريكه لنصيبه فله الشفعة . وان باع بعد علمه بذلك لم يكن له ان يشفع .
والمتقدم في المذهب المالكي هو القول الاول . وهو قياس الشافعي والكوفيين ، لان هذا

التمسك لم يبق شريكا ، والشفعة انما شرعت لازالة ضرر الشركة .
امما القولان الاخيران فلا يحول عليهما في المذهب المالكي ، وان كان ابن رشد (حافظ المذهب) قد وصف القول الثالث بأنه اظهر الاقوال كلها .

(4) اذا كان شريكاً قبل البيع واستمرت شركته الى ان باع شريكه نصيبه ، ولكن شركته هذه لم تثبت الا بعد ان باع شريكه ، مثال ذلك ان يدعي شخص انه شريك لا خسر في عقار ، واثبات دعوى الاستحقاق يبيع المدعي عليه ذلك العقار او جزءاً منه . ومثال ذلك ايضا : ان يبيع شخص عقاره او جزءاً منه فيدعي عليه اخسارانه شريك له في ذلك العقار ، ثم يثبت ان نصيبه شريكه في المالكين فهل يستحق الشفعة اولا ؟ اختلف الملما في هذه الحالة ايضا .
 أ - يرى المالكية وبعض الفقهاء ان هذا الشريك يستحق الشفعة ، لانه تبين عندما حكمم باستحقاقه لما يدعيه . انه كان شريكاً قبل البيع ، فيستحق الشفعة ، لان المعتبر هو وجود الحركة لاثبوتها . ولذلك لم يكن هناك فرق بين ان يكون نصيبه في حيازته وملكيته لنفسه ظاهرة ، او لم تكن الحيازة ظاهرة له وملكيته غير ثابتة . ما دامت قد ثبتت بعد ذلك .
 ب - ويرى البعض الآخر من الفقهاء انه لا يستحق الشفعة ، لان الشركة التي يستحق بها النصيب انما ثبتت له يوم ان حكم له بها . والمعتبر في وجوب الشفعة هو ثبوت الشركة لا مجرد وجودها .

واستدل هؤلاء الفقهاء بالقياس على الفلانة ، حيث قالوا انه من المعلوم ان هذا الشريك لا يستحق الفلانة عن نصيبه من المشتري عن المدة التي قبل الحكم له باستحقاق نصيبه ، ولذلك لا يستحق الشفعة ايضا من هذا المشتري .
 وجواب على هذا القياس بان هذا الشريك انما لم يستحق الفلانة المذكورة من يد المشتري لان ذلك النصيب كان في ضمانه ، ومن المعلوم ان الفلانة مقابل الضمان تبعاً للقاعدة التي تقول : الخراج بالضمان . اما الشفعة فهي حق ثبت للشريك بسبب شركته ذاتها ، ولا موجب لاعتدار حقه لمجرد ان شركته لم تثبت الا بعد بيع شريكه لنصيبه .
 فالمعمل يجزي على القول الاول .

الشرط الرابع : ان يكون الشفيع طليفاً بالثمن .

سيأتي لنا ان الشريك الذي يريد ان يستعمل حق الشفعة يجب عليه ان يوفي للمشفوع منه بجميع ما خرج من يده من ثمن وصائره . ولذلك يرى علماء المالكية انه يشترط في الشريك الذي يالكب الشفعة : ان يكون طليفاً بالثمن سواء في السنة التي وقعت فيها المعاوضة التي استحق بها ال فصة او عند مطالبته بالشفعة .

أ - فلوان شريكاً يالكب بالشفعة بعد مروراكثر من سنة على يوم وقوع المعاوضة التي استحق بها الشفعة ، واثبت ان عذراً مقبولا ضمه من المالكية بالشفعة خلال السنة التي وقعت فيها تلك المعاوضة . فانه لا يحكم له بالشفعة الا اذا اثبت انه كان يوم وقوع تلك المعاوضة قادراً على اداء الثمن والناظر الذي اداه المشفوع منه للحصول على ذلك الثمن ، او انه اكتسب خلال السنة النسبي تلك تاريخ المعاوضة مالا يكفي لاداء ذلك الثمن والصائره . فان لم يثبت ذلك فلا حق له في الشفعة .

وقد نقر المجلس الاعلى حكماً قضى باستحقاق الشريك للشفعة قبل ان يثبت هذا الشرط .
 انه كان قادراً على اداء الثمن انشاء السنة التي ثبتت اليه البيع الصادر

شريكه للمشفوع منه (1) .

بأنه إذا تبين أن الشريك الذي يطلب الشفعة عاجز عن دفع الثمن والخصائص فلا يحكم له بالشفعة . لأن أخذه للشفعة بدون دفع الثمن يبرأ من دفعه . ومن المعروف أن الشفعة لا يجوز رفع سرر بضرره أي أن الضرر الذي يلحق بالشريك من دخول شريك جديد لا يجوز رفعه بواسطة الشفعة عند ما يكون الشفع عاجزاً عن دفع الثمن ، لأن ذلك يستلزم إضراراً بالمشتري . فإن طالب الشريك العاجز عن الثمن أحاله إلى أن يصبح قادراً على الأداء ، فلا يجب على الشفوع منه أن يدفعه هذا الأجل ولو أن الشفوع يبرهن أو تبين ضمن أداء الثمن فسي الأجل المطلوب . لأن في تأخير الثمن تضرراً بالشريك ، ولا يؤجل سرر بالسر (2) .

وليس معنى هذا أنه يجب أن يكون الشفيع مالكاً للثمن الذي يدفع به ، وإنما المقصود أن يكون قادراً على أدائه عند ما ألحقه بالشفعة ، وعند وقوع المعاوضة التي استحق الشفعة بسببها أم غائل السنة التي تلت تلك المعاوضة ، سواء كان يملكه أو كان قادراً على الحصول عليه من سلف ، أو شقة ، أو غير ذلك .

ألا أن الفقهاء يرون أن الشريك إذا حصل على الثمن من سلف ، وتبين أن المقرض قصصه يتمكن الشفع من ذلك الثمن مجبراً أن يحول بين الشفوع منه وبين أن يبقى ذلك الشفع في ملكه . بحيث يبرهن بيمينه أو إقراره أن المقرض إنما دفع ماله للشفيع لأجل أن يتمكن من هذا الأخير من الشفعة لينتزع من النوع منه ما اشتراه ، فإن هذا المقرض يكون قد قصصه حراماً لأنه قصد الإضرار بالشفوع منه ، ويمكن أن يناقش على هذا القصد السيء والفساد الخبيث . أما الشفعة فتثبت بذلك . ولا يكون هذا القصد مؤدياً إلى سقوط حق الشريك في الشفعة .

القضية الثانية / هل يجوز للشريك أن يشفع من أجل أن يفوت المفروض شفيعه

ثار نقاش بين فقهاء المالكية حول ما إذا باع الشريك الحصة التي شفعها بمجردها استعماله لحق الشفعة هل تنقطع شفيعته بذلك ، لأنه تبين أن فرضه من استعماله لذلك الحق إنما دعواً من بيع للمفروض ما شفيعه ، أو أن حقه في الشفعة لا يتأثر بذلك .

1- في الحكم عدد 297 بتاريخ 6 رمضان 1378 الموافق 16 مارس 1959 في الملف الشرعي عدد 137 ط يلي : وحيث أن قسم الاستئناف الإقليمي يخاف حكم على الخصم أن يطلب الشفعة يتمكن الخصم من الشفعة على قدر نصيبهم فيما استشفعته على الرغم من عدم قيام دليل على توفر شرط الشفعة الذي هو كون الشفع له يوم البيع مال يشفع به أو اكتسابه ، ولعل سنخلة البيع . جلسة القضاء والقانون السنية الثانية

المجلد 21 صفحة 826 .

(2) الملف 509 / 5 .

وهذا يعني ان هؤلاء الفقهاء اختلفوا حول ما اذا كان شرط في الشفع ان لا يبيع
فسوا الحصة التي شفعا . لان في ذلك دليل على انه كان يعني ان - شفع لبيع لالمالك .

ونستعرض فيما يلي آراء الفقهاء في هذا الموضوع . ولابد ان نذكر بين ان يبيع الشريك
الحصة التي شفعا قبل ان يشفعا نفسه . ومن ان يبيعا بعد ذلك . كما ان هناك
فرقا بين ان يبيعا لاجنبي او للمشتري نفسه .

ونتكلم الآن على احكام بيع الشريك شفعا لأجنبي . بينما لا يحرم الكساح على بيع الشريك
شفعه للمشتري نفسه الى الكساح على التنازل عن الشفعة (1) .

ففي الحالة الأولى : وهي الحالة التي يبيع او يهب فيها الشفع لاجنبي التمسك
الذي سيؤول اليه عن طريق الشفعة . كما اذا كان محالاً شريك في قمار ، فباع احدهما نصيبه
فيه . ومنعزم الآخر على استعمال الشفعة . ولكن قبل ان تتم له إجراءات الشفعة عند البيع
بيع ذلك الجسر الذي شفعه على ا سائرانه سيؤول اليه بعد تمام تلك الإجراءات ، ففي هذه الحالة
اتفق علماء المالكية على ان هذا البيع باطل (2) لانه يحتمر قد باع ما لا يوجد تحت يده ،
فانه ما دام لم تتم له الشفعة ، فانه لا يحتمر ما لكما لذلك التمسك موقفاً . فشفعة واقصص
ما يمكن ان تكون شفيعته في هذه الحالة : انه ملكه ان يملك ذلك النصيب (3) . ومن
المصروف عند الفقهاء ان من ملك ان يملك لا يبعد ما لكما . ولذلك لا يجوز له ان يتصرف تصرف
المالك .

ونأى على ان البيع او الهبة باطلان ، فانهما يفتان ، وتوقف شفيعته فيما لذلك (4) .
وفي الحالة الثانية : وهي ان يبيع او يهب الشريك لاجنبي الحصة التي آلت اليه عن
اريق الشفعة بعد ان تتم له الشفعة فعلاً . ويصح ما لكما لذلك النصيب .

وقد انقسم فقهاء المالكية الى فريقين فيما يخص هذه الحالة .

الفريق الأول : يرى انه ليس للشريك ان يشفع ما احصل ان يبيع او يهب للمشتري ما شفعه ،
بينما على ذلك فان الشريك اذا باع او هب النصيب الذي شفعه بشفعة مبيعة من الشفعة ، فان للمشتري
منه ان يطالب بفسخ ذلك البيع او الهبة ، والحكم بسقوط حقه في الشفعة ، لان قيامه بقرب الشفعة
بيع او هبة النصيب الذي شفعه ، يدل على انه شفع ليفوت للمشتري . وانه لم يقصد تحقيق ما شرعست
الشفعة من اجله ، وغور رفع الضرر الدركة .

وهذا هو القول الصحيح ، ومه قال ابن رشد ، واتفق به المبدوسي ، وابن عطية ، والنوشرسي
والشيخ مبارك (5) .

ومعنى هذا انه اذا كان السبب الذي دفع الشفع للشفعة هو ان يفوت للمشتري ما شفعه ،
فان للمشتري منه الحق في ان يطالب بسقوط شفيعته .

(1) انظر صفحـة : 209

(2) التسولي 2 / 114 نقلاً عن ابن رشد وغيره .

(3) الزرقاني وقد ذكر ان ابن يوشع علل منع الشفع من البيع قبل الشفعة بانه من باب بيع مال ليس له ،
ثم عقب عليه بانه يملك ايضا بان من ملك ان يملك لا يبعد ما لكما . الزرقاني 6 / 176

(4) النسبة 2 / 114 .

(5) التسولي 2 / 114 .

ولما كانت نية الشفيع في ان يشفع لبيع او ليحب شيئاً ما كان في النفس ، ويمسر علس المشفوع منه ان يشتهه ، فان الفقهاء يرون انه يكفي ان يثبت ان الشفيع قام فعلاً ببيع او هبة ذلك النصب الذي شفعه منه بعد مدة قريبة من الشفعة لان قيام الشفيع بذلك يعتبر قرينة على انه شفيع لبيع ، الا ان الفقهاء الاقدمين لم يحدوا المدة التي تعتبر قريبة ، بحيث اذا باع الشفيع خذلاً ما يعتبر انه شفيع لبيع ، واذا باع بعد مرورها لم يعتبر انه شفيع بدافع البيع . ويظهر من عبارات هؤلاء الفقهاء انه يرجع في تحديد هذه المدة الى ظروف كل حالة وما يحيط بها من قرائن ، فاذا باع الشفيع ما شفعه ، واللب المشفوع منه اعتبار ذلك البيع قرينة على انه كان ينوي عند الشفعة ان يبيع ما شفعه ليحصل من طريق ذلك الى الحكم باسقاط حقه في الشفعة . فان على القاضي ان يستخلص من ظروف القضية ما اذا كانت تتوفر هذه النية في الشفيع عند الشفعة ، او لم تكن تتوفر ، وعلى ضوء ما يستنتجه يتصدر حكمه باسقاط الشفعة او الخاء باللب المشفوع منه .

غير ان بعض الشيوخ الذين جاءوا بعد ذلك افتوا بان المدة التي تعتبر قرينة على ان الشفيع كان ينوي البيع هي ستة اشهر فاقبل . بحيث اذا باع الشفيع ما شفعه داخل ستة اشهر من تاريخ الشفعة ، فان ذلك قرينة على انه شفيع لبيع ، واذا لم يبيع الا بعد مضي هذه المدة فقد انتهت تلك النية بذلك (1) .

الفرق الثاني : يرى ان الشفيع يحق له ان يشفع لبيع اذا كان يرمي من وراء هذا البيع الى تحقيق غرض مشروع (2) . وذلك كان يهدف من ذلك الى تحقيق ربح من وراء اعادة بيع ما شفعه ، فيجوز له ان يتبادل شفعتيه بذلك وليسو باعده فعه بقرب الشفعة .

نعم اذا لم يكن له اي غرض من الشفعة لبيع الا ابعاد المشفوع منه ، وايضا ذلك النصب الى شخص معين عن طريق اعادة بيعه له بعد شفعتيه . فان للمشفوع منه ان يطلب الحكم باستأثار شفعتيه فيما باعه فعلاً قبل مرور المدة المشار اليها .

واستدل اصحاب هذا القول بان المداونة نصت على انه يجوز للمفلس ان يشفع مع انه لا يشفع الا لبيع ما شفعه ليؤتي دينه من ثمنه ، ولكن لما كان له فسخ هذا البيع هلحقة ، وهي التوصل الى اداء الدين الذي عليه فقضى جسامته .

كما نصت على ان من وجبت له شفعة فانه اجنبي فقيل لفساده : خذ شفعتك لي بمثل الثمن الذي اشتري به المشتري ولك مائتة دينار رحمة . لسم يجوز ويرد ذلك ان وقصع ولا يجوز له ان ياخذ

(1) ذكر التتولي في 114/2 ان شيخه سيدي محمد بن ابراهيم اقرى بذلك . كما ذكر الرهوني في 263/6 انه وجد بخط الفقهاء العلامة المشار الي عبد الله سيدي محمد الداهود رحمه الله ما نصه : رايتم فتيا لبعض الاثمة ، واظنتم سيدي يحيى السراج انه لا يبيع الا بعد مضي ستة اشهر .

(2) ذكر التتولي في 115/2 ان ابن مرزوق اقرى بهذا التفصيل .

بالشفعة لغيره (1). فانه يفهم من هذا النص ان هذا الشفع كان معرضا عن الشفعة، ولم يكن

(1) وتجب الإشارة في هذا الصدد الى انه يجب على المشفوع منه الذي يطالب بإبطال شفعة الشريك بدعوى انه شفع منه تحت تأثير اغراء شخص آخر له بمال دفعه له لشفع منه ، ان يثبت دعواه هذه إما ببينة يشهد له شهودها بانهم حضروا الاتفاق المبرم بين الشريك وذلك الشخص الذي عرض عليه مئخسا من المال لمستمحل حقه في الشفعة ثم يبيع له ذلك النصيب الذي سيشفعه من المشتري ، وإما باقرار كل من الشفع وذلك الشخص الذي توافقا معه على الشفعة مقابل مال ، أما اقرار الشفع وحده بانه شفع بناء على الجمل الذي جعله له شخص آخر فلا يكفي في ابطال الشفعة ، كما لا يكفي في ذلك شهادة الشريك الباع بهذا الجمل ، ولا شهادة المشتري الثاني . وقد سئل الامام مالك عن رجل باع شقفا فبني دار (نصيافي دار) وكان شريكه مفسا ، فقال له رجل : خذ بالشفعة وأنا ارجحك . فآخذ بالشفعة ، ثم دفع النصيب الذي شفعه لذلك الرجل مقابل المبلغ الذي ارجحه ، ويقبول ذلك الشفع : لم يكن لي شيء ، وقال لي هذا الرجل : خذ ولك كذا . فاجاب الامام مالك بقوله : اما اصل البيع فلا يجوز ، ولكن من اين يعلم هذا انه قال له ذلك ؟ فقل له : يقر له به صاحب الشفعة . فقال : ليس باقراره بشيء ولا يفيد . ولكن لو ثبت ذلك ببينة او امر ثابت راي ان يرد الي المشتري . لانه انما اخذ بالشفعة لغيره . ولكن كيف يعلم هذا ؟ ولكن اذا علم رد . من البيان المصوب للونشريسي 55/8 .

وقد علل اشجب عدم الاكتفاء باقرار الشفع بذلك بانه يتهم على انه ندم على الشفعة ومحل على التخلع من النصيب الذي شفعه ، وعلى عدم الاكتفاء بشهادة المشتري من الشريك (اي المشفوع منه) بانه يتهم بانه ندم على شرائه لهذا النصيب فمحل على التخلع من نصيبه بهذه الشهادة التي سترتب عنها ابطال هذا الشراء .

كما علل عدم الاكتفاء بشهادة الشريك الذي باع أولا بانه يتهم بكونه قد ندم على بيعه لمقاره فشهد هذه الشهادة ليحكمم بإبطال البيع والشفعة ويمسك النصيب اليه . الدراية على اجوبة ابي الحسن الصغير 294 .

ولكن يرد على هذا التعليل بان هذه التهمة بعيدة بالنسبة لاقرار الشفع وشهادة البائس مبادات لن تترتب على شهادته ان يعود اليه ذلك النصيب الذي ندم على بيعه ، لما ذكرنا من انه اذا ثبت ان الشفع اشترى ليبيع فان البيع الثاني يبطل ويسقط حق الشريك في الشفعة ، ويمسك النصيب المشفوع اليه المشتري المشفوع منه .

في نيته ان يستعمل حقه في الشفعة لولا ان ذلك الرجل حرم على استعمالها ولم يكن الشريك يسمى الى تحقيق اي فرض من وراء شفخته ، ولهذا لم تجز هذه الشفعة ، ويحقق للمشفوع منه ان يطلب اسقاطها . وهذا ليس من قبيل البيع يحد الشفعة منها هو من باب الجهل على الشفعة . اي ان الاجنبي جعل له حقه وهو المبلغ الذي عرضه حقه له ليدفعه الى الشفعية التي كان معرضا عنها .

ومعنى هذا انه يجب عند انساب هذا القول ان يفهم حتى قول الفقهاء ان الشريك لا يمكنه ان يشفع لبيع . انه ينع من الشفعة اذا كان يبيع من وراءها الى تحقيق اي فرض الا حرمان المشتري من الجزء الذي انتراه ، اما اذا كان يبيع الى فرض من وراء شفخته ويمسك لها شفخته فان شفخته لا يفسد .

ولاشك في ان هناك فرقا بين القول الاول والقول الثاني . فانه ان اصحاب القول الاول يرون ان الشريك اذا باع بقرب الشفعة فان للمشتري ان يبيع في ان يطالب بيمين ذلك البيع الذي قام به الشفع والشفيع واسقاط حقه في الشفعة وتمكين المشتري الشفع منه مطلقا . ولا يقبل من الشفع ما قد يثيره من انه اراد تحقيق فرض من الشفعة . بينما يرى اصحاب القول الثاني ان الشفع اذا اثبت انه اراد تحقيق شفعية عن طريق الشفعة وما تلاها من بيعه لها شفحه ، فان للمشتري المشتري التي يهدف من وراءها الى ابطال البيع الذي قام به الشفع واسقاط حقه في الشفعة تلفس . وقد انتصر العلامة الدوملي لهذا الرأي ، وانه يكثر من الدلالة التي تفيد على ان منع الشفع من الاخذ بالشفعية للبيع ليس على احسنه ، وانه يجب ان يقيس بما اذا لم يكن له اي نفع في الشفعة . فمن هذه الدلالة ما يلي :

(1) لو كان الاخذ بالشفعية لاجل البيع مضمونا في جميع الحالات ، لكانت الشفعة حراما ، لانها تؤدي الى ان الشفع لا يستحق الشفعة الا اذا كان يريد اقتناء المشفوع وتركه في ملكه ، وهذا يؤدي ايضا الى تقييد حرية الطالك في التصرف في ملكه . كاننا نقسم الشفع للشريك : اشفع هذا الملك بشرط ان لا يبيع له لغيره . ومن المعروف انه لا يجوز تقييد المالك ولا التحجير عليه .

(2) يسير الفقهاء على ان الشفع اذا كان : شفيع ، وكان المشفوع به : سلمت ، فان الشفعة ثبتت ، ويصح الشفع ما كذا للشيء المشفوع . فانما قال بهذا : لا غرض لي في الشفعة ، او اراد التنازل عنها لم يلزم المشتري المشفوع به ان ياخذ ذلك المشفوع ، وانما يجب على الشفع ان يؤدي له الثمن ، وانما عجز على ادائه فباع عليه ذلك الثمن الذي شفحه ، ويؤدي منه للمشتري المشفوع منه ما خرج من يده في الحصول عليه . وبعبارة الحال فان الشفع في هذه الصورة شفع لبيع ، لانه لما كان يعلم انه لن يقدر على اداء الثمن ، وما دام المشفوع منه لا يرغب على اقله في هذه الحالة ، فكانه شفع لبيع . ولم يقل احد من العلماء ان الشفعة فسخية هذه الحالة باطلية .

(3) يرى العلماء ان الشريك اذا تنازل عن حقه في الشفعة ، بسبب تدليس عليه في اسم المشتري ، فان حقه لا يسقط بذلك ، ويمكنه ان يشفع عند ما يطالب على شفعية المشتري الحقيقية ، لانه يدعي انه استقط حقه في الشفعة لكونه يعتقد ان المشتري هو فان الذي يلحق به ويصلح له شريكها .

ولو علم انه غيره لصا قبله شريكاً ، ولطالب بالشفعة ، كذلك الذي يبيع لبيع ، يمكنه ان يحتذر بقوله انني لا اقبل ذلك المشتري شريكاً ، لانه لا يطلع لي ، لمؤ عشمه ، وكثرة ضرره ، فاخذت ذلك النصيب الذي اشتراه ، ويرتفع عني ضرره ، وبعته من شخصي يبيع بي ، وتبين شركته اخف ضرراً من شركة ذلك المشتري .

(4) قال الامام المنجور : المصورون تمكن البيع من ان يشفع لبيعه .
(5) قال ابن هلال في نوازله نفس اخذ بالشفعة شريكاً في حقه او بعد زمان قريب ما نصه : واما الشفع اذا اخذ بالشفعة شريكاً بعد ذلك ، فانه يتارخ في مالسه ان شاء باع وان شاء تمسك ، الا ان يظهر انه رد الامر ، يترك الشفيع .
وفهم من هذا النص ان الشريك اذا تبين انه انما قصد بالشفعة اخراج المشتري وافضال شريك اخر من غير سبب ، فان لذلك المشتري ان يطلب ابطال ذلك البيع واسقاط حق الشريك في الشفعة . وان تبين ان للشريك نفعا في الشفعة اما لزيادة في الثمن ، او لكون المشتري سبيء العثرة ، او لكونه ذا سطوة لا يستقيم له معه الوجوه الى حقه ، كما يقع في زمانا كثيرا ، فسيان له ان يشفع لبيعه (1) .

ومع ان ساق التسولي هذه العجيب والنفوس ان : وهذا هو الذي يجب اعتباره في تسلي لقوة دليله ، خصوصا وان الشفعة تعتبر بمثابة البيع ، ولذلك لا يمكن تحجير الشفع فيما شفعه ، لانه بمنزلة ما اشتراه . كما لا يمكن ان يتوسطه البيع الذي يبرحه من الفرق بين ما شفعه به وما سبيعه به ، كما انه لا يرغم على قبول شركة شخص في المضرة او في سطوة والمجسود انه لا مجال له يشفع به ، بل انه يمكنه ان يشفع ويبيع ما شفعه له ، فيحقق بذلك الضرر الذي شرعت من اجله الشفعة ، وهو رفع الضرر .

وقد رد العلامة الرضوي على التسولي ، واتي بصفة تصور تدل على ان الشريك اذا شففع وباع للتبديل بقرب ذلك ، فان له اذا المشتري ان يطلب بفسخ البيع الذي ابرمه الشفع بعد الشفعة واسقاط حقه في الشفعة . ومع ذلك قال : وهذا كله تعلق ما في كمال المنجور (2) . (اي انه ليس على صواب فيما قاله من ان للشفع الحق في ان يشفع لبيعه) .

كما ان العلامة المهدي الوزاني ذكر ان المقصود بقول ابن هلال : واما الشفع اذا اخذ بالشفعة شريكاً بعد ذلك ، فانه يتارخ في مالسه . . . ان الحق انه باع بعد الشفعة بمنزلة اولية (3) .

وهذا يعني انه لا يمكن الاحتجاج بكلام ابن هلال على انه يجوز للشريك ان يشفع ويبيع ما شفعه بقرب الشفعة كما فهمه التسولي .

(1) التسولي 115/2

(2) الرضوي 263/6

(3) المهدي الوانسي 453/3

كما انه نقل عن ميارة ان المذهب المالكي يسير على انه لا يجوز للشفيع ان يرفع ليعيب
للغير ، ولذلك جزم به ابن عاشر فقال : من هذا المعنى ان يشفع لبيع ، فان نفسه تبال
ولا اخذ له . كما ان ابن رشد ذهب في مقدماته على ما يلي : ليعيب لبيع ان ياشفع
بالشفعة لغيره ، ولانه ان ياخذ لبيع ، وقد قالوا ان الصبيان ياخذ بالشفعة فيما عدا
وفي ذلك زاهر ، لانه انما اخذ لبيع وقد استحسن المذهب ان لا يكون له ذلك (1)

وهذا يبين لنا ان الرأي الراجح في المذهب المالكي ان الشفع اذا باع ما نفسه
او غيره داخل ستة اشهر من تاريخ استعالمه لحق الشفعة ، فان لم يشفع منه ان يطالب بفسخ
ذلك البيع او الفسخ ، واستقاط حق الشفع في الشفعة ، واجادة التصيب اليه . فان لم يوافقه
بيع ما شفعه بقرب الشفعة قرينة (لا تقبل اثبات المكس) على انه انما شفع لبيع لغيره
وهذا لا يجوز .

ولقد اراى الفقهاء انه كلما تبين ان الشريك شفع ليعيب للغير ما نفسه ، فان لم يشفع
منه ان يطالب بابطال ذلك كله ، واعتصاما على قول ابن رشد ان الشفع يجوز له ان يشفع
ليبيع للغير .

ومن تطبيقات ذلك ما ورد في سؤال للفقهاء القاضي سيدي محمد بن عروون الذي وجهه
للمفتي النحسري سيدي احمد بن محمد المقرئ عن نازلة تتعلق في ان رجلا موسوا اعطى
منا لا لشريك فقير ليشفع به ما باعه شريكه ، ثم قام هذا الشفع بعد ان نسيه برون ذلك
التصيب لصاحب المال ، وبعد مضي مدة باع له ذلك الذي المودون . فرفع الشفع مع دعموى
على هذا المشتري ادعى فيها ان المدعى عليه مكس الشفع من المال ليشفع به من اجل ان يبعده له ،
وهذا يعتبر المدعى عليه كانه هو الذي اشفع في الحقيقة ، وما انه اجنبى ، والشفعة لا تنقسم
الا للشريك . فوجب الحكم بفسخ البيع الذي اجراه الشريك للمدعى عليه ، والحكم ببطلان
الشفعة . بسبب ما تبين من ان الشريك شفع للغير . فاجاب بان ابن عاشر مثل عن مثل هذه
القضية فاجاب بانه كانت المدة التي بقي فيها التصيب موقوتة بعد المدعى عليه قبل ان يسرم معه
الشفع عقد البيع مدة شهر او شهرين او نحوهما (ستة اشهر ناقص) فان ذلك قرينة على
دخلة ما يدعيه المدعى من ان المدعى عليه قصد الخدمة والوصول الى العقار بهذه الوسيلة ،
وبحكم حينئذ يبطلان الشفعة وما ترتب عليها من البيع . وان كانت مدة الرهن مثل السن
(اكثر من ستة اشهر) فلا تبطل الشفعة ، وانما تتوجه اليمن على المدعى عليه على انه لم يكن يقصد
بتكس الشريك من ابطال هو بغيره انتزاع المقار من المدعى (2)

(1) حاشية المحمدي الوزاني على التحفة 512/2

(2) المحمدي الوزاني 454/3

المبحث الثالث

شخصية الشريك

كل شريك توفرت فيه الشروط الأربعة المشار إليها سابقا ، ينشئ الشفعية سواء كان خائفا أو غائبا ، وسواء كان رشيدا أو مجورا ، وسواء كان شخصا طبيعيا أو فيسرو طبيعيا ، وسواء كان مسلحا أو غير مسلح .

ولما كانت أحكام الشفعية تختلف باختلاف شخصية الشريك ، فإننا نخصص في هذا المبحث الكلام على شخصية الشريك ، فنكلم على الشريك المجور والجنون وكذلك إذا كان مائلا أو مريضا ، ثم على الشريك إذا كان شخصا غير طبيعي ، أو مسلحا . وينشأ نوعا من الكلام على الشريك الغائب إلى المبحث المخصص للكلم على شفعية كل من الشريك والمفتوح منه (1) .

الزطمة الأولى : الشريك المجبور

من المعروف أن كل من لم يبلغ الحلم يعتبر في الفقه الإسلامي مجورا ، لأنه منزه عن الإدراك العقلي بسبب جنون أو غيره من الأمراض العقلية ، يعتبر مجورا للجنون ، وإذا كان الإنسان بالغيا واقفا ولكن لا يحسن التصرف في ماله ، ولا يعرف كيف يدافع عن نفسه ، وثبت أنه يذر أمواله وينفقها في غير ما فيه صلاحه فإنه يعتبر مائلا ، وينشأ عن ضعفه من التصرف في ماله ولذلك يصبح مجورا لنفسه . ومن المعروف أيضا أن المجبور يمكنه أن يتولى بنفسه إدارة أمواله ولا إبرام العقود كونه كائنت ، وأرجح النجاشي وليس له الدفاع عن حقوقه . ولهذا كان لابد من تعيين ولي له يقوم لهذا المجرور بالشفعة المخصوصات . وهذا الولي إما الأب ، أو الوصي (وهو من عينه الأب ليقوم بأمر أولاده بعد وفاته) والقدم من طرف القاضي (وهو الشخص الذي يتولى أمور المجرور الذي لا بد له من تعيينه) .

فإن لم يكن للصبى أب ولا وصي ولا مقدم من طرف القاضي فيسمى منه الفقهاء مضمرا . ونشير أولا إلى أن الفقهاء انقسموا حول استحقاق الصبي للشفعة أو عدم استحقاقه ، كما إلى فريقين .

الفريق الأول :

ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم ابن أبي ليلى والنجاشي إلى أن الصبي لا يحسن في الشفعة ، لأن الصبي لا يمكنه أن يأخذ الشفعة بنفسه ، ما دام لم يبلغ ، ولا يمكنه الدفاع عن نفسه لأن في ذلك ضررا على المشتري . كما لا يمكن لوليّه أن يباشير شفعة نيابة عن مجوره ، لأنه ما دام لا يحق لهذا الولي أن يتنازل عن الشفعة باسم الصبي ،

فذلك لا يحق له أن يستعملها لمصلحة ذلك المبيع . وذلك تطبيقا للقاعدة التيسيرية
 بقول : (من لا يملك العفول لا يملك الاخذ) (1) .

الفريق الثاني :

يرى فامة الفقهاء من مالكية وشافعية وحنفية وحنابلة وغيرهم ان المبيع المضمون
 ثبت له الحق في الشفعة ، لان الاجراءات التي وردت في الشفعة تنقل على المضمون وتثبت
 ان كل شريك يستحق الشفعة من غير تقييد لهذا الشريك بكونه كبيرا غير صغير كما لم تقيده
 بكونه مسلما غير كافير . كما ان الشفعة شرعت لازالة الضرر الذي يمكن ان يلحق الشركاء
 من جراء دخول المشتري الجديد عليهم ، ومن المعلوم ان هذا الضرر يقتضي فيه الكيسر
 والصعير ، فلذلك يجب اعطاء الحق لكل منهما في رتبته عن طريق تكوينهما من الشفعة .
 واذا كان الشريك لا يحق له ان يمارس الشفعة بنفسه فانه يمكنه ان يمارسها بواسطة وليه .

وما ذكره اصحاب القول الاول من ان الولي لا يمكنه ان ياخذ بالشفعة لفائدة محجوره
 غير صحيح ، لان الولي يمكنه ان يتولى الدفاع عن هذا المحجور ، ومن ذلك ان يفتح لبيه
 ما يباعه شريكه ليرفع عنه ضرر المشتري الجديد ، كما يحق للولي ان يشتري شيئا لحساب
 المبيعي ثم االسع على عيب فيه ان يطلب رد ذلك الشيء الى البائع واسترداد الثمن .

وبهذا يتبين لنا ان الحق مع المحجور الذي يرى ان الشئور ثبت له الحق في الشفعة
 لانه لا مفسد لحريته ان المبيع من هذا الحق الذي يسوق عليه في الخالب بعدة فوائد .
 اما المحجور للجنون او للمفقه فلم اجسد من يقول بعدم استحقاقه للشفعة ، وان كان
 يمكن ان يكون ابن امي ليلي والنخعي وغيرهما من الذين يقولون بان المبيع لا يستحق الشفعة
 برون المحجور الجنون والمفقه لا يستحق الشفعة ايضا لاتحادهما في العلة .

واذا كان معاصم الفقهاء ، برون ثبوت الشفعة للمفقر كما تبين لنا ، فلا شك في انهم
 برون ان المجنون والسفيه يستحق الشفعة ايضا .

وناسرا الى ان هناك احكاما تطبق على شفعة المحجور سواء كان محجورا للمفسد
 او للجنون او للمفقه ، نستكمل على هذه الاحكام فيما يلي . ومن المعلوم ان شفعة المحجور
 للمفسد المحجور من الشفعية لان الحكم واحد بالنسبة اليهم جميعا (2) .

المحجور اما ان يكون له اب او وصي او مقدم من طرف القاضي ، واما ان يكون متصلا
 بما ان حكم الشفعة يختلف بعض الشيء باختلاف هذه الاحوال . فمن الاحكام ان شفعة
 كلمة لكل حال على حدة .

(1) اذا كان المحجور مبيعا ، اطلب الفقهاء يرى انه اذا كانت مصلحة المحجور في شفعة المبيعي
 فذلك كما اذا كان الثمن رخيصا ، او كان المشتري ممن لا تصلح الشركة معه ، او كان للمحجور

(1) المفسد 496/5

(2) نفس المفسد 496/5

مقابل مفسد لشراء العقار وكان ضمن ذلك النصيب لا يتعدى ثمن مثله ⁽¹⁾ فيجب على الولي ان يشفع لمجوره ⁽²⁾ ولا يجوز له ان يتنازل عن الشفعة في مثل هذه الحالات ، وذلك لان نصيبه يجب على الولي ان يحتاط لمجوره ⁽³⁾ والقيام بما فيه مصلحته ⁽⁴⁾.

ولا يقال انه لا يجب على الولي ان يشفع لمجوره ⁽⁵⁾ لانه لا يجب عليه ان يجبر له ⁽⁶⁾ لان هناك فرقا بين الشفعة والتجارة ، يتمثل في ان التجارة تهدف الى جلب المصلحة والشفعة ⁽⁷⁾ ، بينما يقصد بالشفعة دفع ضرر الشركة كما عرفنا . ودفع الضرر مقدم على جلب المصلحة ⁽⁸⁾ ، ولذلك فاني اكان الولي لا يجب عليه جلب المصلحة لمجوره ⁽⁹⁾ ، فلا يلزم من ذلك انه لا يجب عليه ان يدفع عنه الضرر ⁽¹⁰⁾ ، وبذلك المفسد ⁽¹¹⁾ . لانه لا يلزم من عدم وجوب غير المفسد ⁽¹²⁾ عدم وجوب الا ⁽¹³⁾.

ولهذا كله يرى اغلب الفقهاء من اصحاب المذاهب الاربعية وغيرهم ⁽¹⁴⁾ ان الولي يجب عليه ان يشفع لمجوره ⁽¹⁵⁾ ، وانه اذا تاب عنه فعلا في استئصال حق الشفعة فان هذا المجور يملك النصيب الذي شفعه له ⁽¹⁶⁾ ، ويستقر ذلك النصيب في ملكه ⁽¹⁷⁾ ، ولا يمكنه ان ينقض ملكه وليس له بعد بلوغه ورشد ⁽¹⁸⁾.

بينما يرى الامام الاوزاعي انه ليس للولي ان يشفع لمجوره ⁽¹⁹⁾ ، ولا ان يتنازل عن الشفعة باسم مجوره ⁽²⁰⁾ لانه لا يمكنه ان يتنازل عن الشفعة التي ثبت لمجوره المفق فوريا ⁽²¹⁾ ولا يمكنه ان يتنازل عن هذا الحق نيابة عنه ⁽²²⁾ (من لا يملك المفق لا يملك الاخذ) وانما يتنازل هذا المجور الى ان يصبح رشيدا ⁽²³⁾ ، حينئذ يمكنه ان يستعمل حقه في الشفعة ⁽²⁴⁾ ، ولكن يبقى ان بيننا ان الولي يمكنه ان يشفع وان يسقط حق مجوره في الشفعة بحسب ما يراه من مصلحة المجور ⁽²⁵⁾ ، لان الشفعة شرعت لرفع الضرر ومن مهمة الولي ان يحصل على رفع الضرر عن مجوره ⁽²⁶⁾.

وسياتي لنا ان النسخ اذا قام بطلب الشفعة بعد مرور ستة اشهر من تاريخ البيع ⁽²⁷⁾ ، فانه يكلف بان يحلف على انه لم يتنازل عن حقه ⁽²⁸⁾ . ويستثنى من هذا الحكم ما اذا طلب الولي الشفعة لمجوره ⁽²⁹⁾ فانه لا يكلف باداء هذه اليمين ⁽³⁰⁾ ، ولم يطلب الشفعة بعد مرور اشهر من ستة اشهر ⁽³¹⁾ ، عملاً بالقاعدة التقنية التي تقول انه لا يحلف احد يستحق فسخه ⁽³²⁾.

(1) المقنن ⁽³³⁾ 496/5.

(2) نفس ⁽³⁴⁾ المفسد ⁽³⁵⁾.

(3) المفسد ⁽³⁶⁾ 68/8.

(4) المقنن ⁽³⁷⁾ 496/5.

(5) نفس ⁽³⁸⁾ المفسد ⁽³⁹⁾.

(6) المفسد ⁽⁴⁰⁾ 286/6.

فان ترك الوصي الشفعة التي كان محجوره يستحقها .
 أ - فان كان قد توفى المصلحة للوصي في تخليسه عن الشفعة ، ففان
 حق المحجور في الشفعة يسقط ، ولا ينعق للمحجور ان يطلبها بعد وفاته .

ب - اذا لم يتوفى الوصي مصلحة محجوره في تخليسه عن الشفعة الواجبة له ، فهلل
 يسقط حق المحجور في الشفعة ، او لا يسقط ؟ في ذلك قسمان .

القول الاول : ان حق المحجور في الشفعة يسقط فيما اذا اسقطه وليه . وذلك
 بناء على ان الشفعة تعتبر بمثابة الشراء ، ومن المعلوم انه لا يجب على الوصي ان يتجسس
 نائمه محجوره وانما يجب عليه حفظ ماله فقط لا تنميته . وهذا القول هو ظاهر المدونة .

القول الثاني : ان حق المحجور لا يسقط باسقاط الولي ، ولذلك يحق لهذا المحجور عند ما
 يبرر شيئا ان يطلب شفخته ، كما يحق للولي نفسه ان يطلبها نائمه من محجوره قسمان
 ان يرثه . وذلك بناء على ان الشفعة استحقاق ، ويجب على الولي ان يحافظ على حقوق محجوره .
 ويتبين من هذا ان سبب الخلاف هو مثل الشفعة استحقاق ، او بمنزلة الشراء . فممن
 اي ان الشفعة استحقاق راي ان اسقاط الوصي لشفقة محجوره لا يلزم ذلك المحجور . ومن راي ان
 الشفعة بمنزلة الشراء والتجارة ، راي ان اسقاط الولي لشفقة محجوره يلزمه .

والذي يجري عليه الفصل عند المالكية ان الاب او الوصي اذا اسقطا شفعة محجورتهما
 ان شفقتهم تسقط بذلك ، سواء اسقطاها لمصلحة المحجور او لغيره . وكذلك اذا قتل الاب او
 الوصي عن الشفعة للمحجور حتى يرضى امهها يسقط لها (1)

اما مقدم القاضي ، اذا سقط شفقة من قدمه القاضي لغيره ، او سكت عنها السي
 في ضمن الاجل المشعر لها ، فان تبين انه لم يراع مصلحة المحجور في ذلك ، فان حقيق
 محجور في الشفعة لا يسقط ، ويمكنه ان يطلبها ، وذلك لان مقدم القاضي اخف من الاب والوصي .
 استلزامه لا يكون حكمه مثل حكمهما . وان تبين انه توفى المصلحة في اسقاطها ففان
 شفعة تسقط حينئذ (2)

وقال ابو الحسن : في مقدم القاضي قولان ارجحهما ان شفقة الصبي لا تسقط باسقاطه . (3)
 ج - اذا لم يثبت مثل الولي توفى المصلحة في اسقاطه لشفقة محجوره او لم يتوفى ذلك .
 اكان هذا الولي ابيا او عييا للمحجور ، فانه يعتبر قد توفى المصلحة ، ويترتب على ذلك
 وسقط حق المحجور في الشفعة (4) . وان كان هذا الولي هو مقدم القاضي فانه يحتمل
 انه لم يتوفى مصلحة المحجور ولذلك فان شفقتهم لا تسقط بذلك . وذلك لما ذكرنا من ان مقدم

البيعية للتسليم في 110/2 .

نفس المصدر نفسه عن ابن زلبي .

نفس المصدر السابق .

الزرقاني ومناصب في 183/6 .

القاضي اضمف من الاب والوصي .

وهكذا يتبين ان الولي اذا لم يطالب بالشفعة الواجبة لمحجوره الى ان مضى الاجل المحدد لنا فان حق المحجور في الشفعة يسقط فيما اذا كان هذا الولي هو الاب او وصيه . اما اذا كان مقدما من طرف القاضي فبان حق المحجور في الشفعة لا يسقط الا اذا تبين ان ذلك المقدم قد توخى مصلحة المحجور من عدم المطالبة له بالشفعة .

ولكننا نشير الى ان المجلس الاعلى لم يفرق بين الاب والوصي ومقدم القاضي ، حيث نص في احد احكامه علي ان من وجبت له الشفعة او لمحجوره ولم يتم بها حتى مضى عام من يوم علمه به هو حاضر وقادر على القيام بشفعته فان شفعته تسقط . (1)

ويقتضي من هذا ان سكوت الوصي عن المطالبة بالشفعة لمحجوره يؤدي الى سقوط حقيق محجور في الشفعة . سواء كان هذا الوصي ابيا او وصيا او مقدما من طرف القاضي . وهذا الحكم يتفق مع ما يراه جمهور الحنفية من ان الولي (ابيا كان او وصيا او مقدما

من طرف القاضي) اذا لم يطالب بالشفعة التي وجبت لمحجوره او تنازل عنها فان حق ذلك المحجور الشفعة يسقط . بحيث لا يمكن للمحجور ان يطالب بالشفعة بعد رده . لان الشفعة

عن التجارية ولا يستلزم الولي ان يتجرر لمحجوره . وعند محمد وزفر ان تسليم الولي لا يسقط حقيق محجور في الشفعة . بل يبقى له الحق في طلبها بعد بلوغه . لان الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الوفي

كما ضرر به . ولا يجوز للولي ان يتجرر بمحجوره (2) .

ذكرنا ان الولي ينوب عن محجوره في شفعة ما باعه شريك ذلك المحجور . ونشير الآن الى ان

من الولي ان يشفع لمحجوره ما باعه بنفسه مما هو في شركة ذلك المحجور وكما يمكنه ان يشفع لنفسه ما باعه نهاية عن محجوره . ويمكنه ايضا ان يشفع لاحد محجوريه ما باعه نهاية عن المحجور

شر . ولا يكون قياسه بالبيع مانعا من ما البته بالشفعة . ويجلس ذلك فيما يلي :

(1) اذا باع الولي لاجنبي نصيبه في العقار الذي يطلبه المحجور فيه نصيبا ، فيحق لذلك

ان يشفع لحساب المحجور ما باعه لاجنبي .

(2) اذا كان الولي شريكا للمحجور في عقاره ، باع هذا الولي نصيب ذلك المحجور لسبب

باب التي تعطي الولي الحق في بيع عقار محجوره ، فانه يحق لذلك الولي ان يشفع لنفسه

النصيب الذي باعه لحساب محجوره .

ولكن يجب في هاتين الحالتين ان يتقدم الولي الى المحكمة بدعوى بالمطالبة بالشفعة ، كي

نعم انه باع نصيبه بشئ مرتفع ليشفعه لمحجوره ، او انه باع نصيب المحجور بهشئ ليشفعه

به ، فاذا رفع الدعوى بطلب الشفعة في الحالتين زالت الشفعة .

ويرى الحائلية ان الاب يحقق له ان يشفع لنفسه ما باعه نيابة عن محجوره ، لان الاب لا يتقسط

نصيب ولده ببيع نفسه ، لان له ان يشتري من اول الامر ذلك النصيب لنفسه راسما .

اما الوصي فاذا باع نصيبه لاجنبي وكان محجوره شريكا فيه ، فيحقق لنفسه ان

نفسه لذلك المحجور ، لانه لا يتقسط بانه باعه بشئ من ثمنه ، لان المشتري لا يقبض

على ثمنه ، وانما لا يدرى حصل يشفع منه ذلك النصيب اولا (1) .

فانما اذا باع الوصي نصيب محجوره لاجنبي ، فلا يحقق له ان يشفعه لنفسه ،

لانه يتقسط على انه باع ملك محجوره بشئ من ثمنه ليشفعه لنفسه (2) .

والحائلية ان كل من تولى البيع لشفعة له ولو كان محجور وكيل في ذلك البيع (3) .

فان تولى الشراء لغيره بوكالة فله ان يشفع ذلك لنفسه (4) .

والاصح عند الحائلية ان الوصي لا يستحق شفعة ما باعه نيابة عن محجوره لانه

يتم على ان يبيع بشئ من ثمنه ليشفعه ، وهناك قبول اخر يرى انه يثبت له الحق في الشفعة

لانه يشفع عن يد الاجنبي بعد ان زال ملك العبي عنه (5) .

(3) اذا باع الولي نصيب احد محجوريه من غنار ، فيمكنه ان يشفعه لحساب المحجور

اذا كان شريكا في ذلك الغنار (6) .

(2) اذا كان المحجور مالا : ذكرنا حكم المحجور اذا كان له ولي ، وبيننا ما يتحقق

لنفسه ، ونأمر الى حكم المحجور الذي لا ولي له ، ونأمر ما يتحقق

لنفسه .

المنشئ 496/5 ولكن سر على هذا التوجيه بانه يمكن ان تصور ان يتفق الوصي

ونصر آخر على ان يشتري منه شراء صوريا نصيبه من غنار بشئ من ثمنه ، ان يشفعه لمحجوره ،

فان الذي يحقق مصلحة المحجور هو ان ترفع القضية الى المحكمة لتراقب ما اذا كان المحجور

مصلحة في حياته القضية .

نصر الصدر ويلاحظ ان مؤدى هذا المنع ان المحجور قد يتضرر من منعه من الشفعة

المنشئ 496/5 .

المنشئ 341/3

المنشئ 447/7

المنشئ 434/1

المنشئ 183/6

و سراً الى ان المحصل لا يمكنه ان يستعمل حقه في الشفعة حالة الحجر ، لان له
 ليس من قبل التصرفات ، ولهذا يرى الاصام اللغصي ان هذا المحجور اذا ما سبب
 بصفته بشفعة ما باعه شريكه عند ما كان محجوراً ، فان عليه ان يثبت انه كان
 قادراً على ان يثبت الشفعة يوم البيع او خلال السنة التي وقع فيها البيع (1) . ويثبت له
 الحق في تلك الشفعة فيما اذا ثبت بشاره على ذلك ، وقدر على ان يؤدي الآن ذلك الثمن .
 وان لم يثبت انه كان قادراً على دفع الثمن لم يحكم له بالشفعة ، ولو كان الآن قادراً على
 دفع ذلك ثمن ، سار الفصل في بيان على قبول الاصام اللغصي المذكور (2)

التبعة الثانية : الشريك الجنين

ثبتت الجنين الذي لا يزال في بطن امه ببعض الحقوق ، وان كانت لا تشتر لصفته
 الا اذا ولد حياً . ومن هذه الحقوق : الوصية . والوقف . والشفعة .
 ونما يتعلق بشفعة الجنين ، يرى الفقهاء ان الشريك اذا كان حياً ، كما
 عرفنا ان شخصاً تولي له نصيب في عقار ، وترك زوجته حاملاً ، وقبل ان يولد
 الشريك في ذلك العقار نصيبه . وكما لو فرضنا ان شخصاً اوصى لحمل بنصيب
 في عقار ، ثم تولي صاحبه الشريك في ذلك العقار نصيبه قبل ان يولد هذا الحمل ،
 فمن يستحق هذا الحمل الشفعة او لا يستحقها .
 يرى الحنابلة انه ليس لولي ذلك الحمل ان يأخذ له بالشفعة . لان لا يمكن
 الحصول ان يملك الا من يرق الوصية فحده (3) .

ويرى المالكية ان الحمل يثبت له الحق في الشفعة ، ولكن لا يستعمل وليف
 الشك الحق الا بعد ان يولد حياً ، بان يستعمل حاضراً (4) . ومعنى هذا ان
 يملك ما باعه شريك الحمل الى ان يولد ، ويؤجل يمكن لوليه ان يذبح له ذلك
 نصيبه ، اما قبل ان يولد ، فلا يمكن ان يشفع له الولي ، لان الحمل ليست له الا اقلية
 وصوب ناقصة ، وليس له الاقلية التي يملك بها الشريك المذبح .

التبعة الثالثة : الشريك الموهن ، والمفلس

كل شريك توفرت فيه الشروط الاربع السابقة يستحق الشفعة ولو كان في حالة
 فلاس ، او كان موهناً موهناً بحيث لا يمنع الاقل او الموهن الموهن

المشني الوانبيبي 447/3 .

المنشني 498/5 .

الوانبيبي 324/5 .

من الشفعة ضارفا لما يتبادر بذهن من ان هذين الشريكين لا يشفعان ما دامسا
لا يشفعان لانفسهما .

أما يحق للشريك موطئا حيا (وهو الموطئ الذي ينتج عنه الموت غالبا) ان يشفع
بما باعه شريكه ، ولا يفتنه الموطئ بخوف من استحصال الشفعة ، لان المريض المخوف لا يجسر
عليه في المساومات . ولا يفتن ان المريض المخوف لا يشفع لنفسه ، وانما يشفع لنفسه
بهم الورشة . والشفعة للنير عقيمة . لان المريض المخوف اذا لم يستحصل حقه في الشفعة
جات اثناء المدة التي يحق له فيها ان يشفع ، فان للورشة ان يشفعوا لانفسهم (1) ، لان
الحق في الشفعة ينقسم بينهم ، مما للقائمة التي تقول : من مات عن حق فلوارثه .
بما ، وانما كان الشريك غائبا ، اي احاط الدين بماله ، فان الفقهاء يرون ان حقه
في الشفعة لا يقتطع بالنفس ، وانما يكون له الحق في ان يشفع او ان يقتطع ، كما يكون
له ذلك الحق في الاحواز العادية . وليس لشرطائه ان يستصلوا هذا الحق نهاية عنه ، كما
يجوز لهم ان يرضوه على استحصال حق الشفعة ، او ان يرضوه من استحصال ذلك الحق .

(1) فليس للشرماء ان يستصلوا انفسهم حق الشفعة الذي ثبت لحد ينقسم ، لان النصيب
الذي يملكه المظلم في الشمار المبيع والذي استحق به الشفعة ما يزال على ملكه ، ولا ينقسم
في تلك اوتسك الشرماء الا بعد ان يرضوه فيما بينهم . ولذلك فليس اي واحد من الشرماء
ربكا في ذلك العتبار . ولهذا لا يستحقون الشفعة التي لشرائطهم .

(2) وليس لهم ان يرضوه على استحصال حق الشفعة ، لان الشفعة تعتبر عملا تجاريا يقسم
به الشريك ، ومن المعروف انه ليس للشرماء ان يرضوا المظلم على القيام بالاعمال التجارية
البرام عقود المساومات .

(3) كما انه ليس لهم ان يرضوه على عدم استحصال حقه في الشفعة ، لان عدم استحصال
حق الشفعة يعتبر اعتداء من قبل الشريك لحقه الثابت له ، ولا حق للدائن في ارضاء
المدين على التنازل عن حقه .

نقسم يمكن للدائنين ان يرضوا المظلم من اداء ما يرضف الشفعة من ماله ، لان حقهم
لحق بذلك المساواة . (2)

النقطة الرابعة : اذا كان للشريك شخصا غير طبيعي او غير مسلم .

قد يكون الشريك شخصا غير طبيعي او غير مسلم ويطلب بالشفعة قبل بحثهما اولا .

الجواب على ذلك : بعد عمن التفصيل الآتي :

أولا : فيما النعيسة للشخص غير الطبيعي . نسير هنا ان الفقهاء تصوروا ان يكون

شركا شخصا غير طبيعي ، وذلك كما اذا كانت الاحياء او بيت المال يملك نصيبا

شماره . واذا كانت الاحياء لا تشحق الشفعة لما هرفنا من انها لا تكون شريكة في الرقبة .

المفتي محمد صالح المنجد 599/5
الدر النير 295 والرهوني 262/6 نقلا عن ابن رشد في المقدمات .

فإن لم يثبت المال الحق في النسبة عند ما يكون شريكا في المقار.
ومن الأغلبية التي ماثلنا القضاء في هذا الموضوع ما يلي :

(1) إذا كانت دار مشتركة بين طرفين فباع أحدهما نصيبه منها ، وأردت الآخر
فقتل ورثته بيت المال (1) ، فإنه أصبح شريكا وينتقل اليه الحق الذي ثبتت
للموتسك وهو ثبتت النسبة له في ذلك النصيب من المقار ، ويحق للسلطان
أن يشفع لبيت المال من ماله شريك ذلك الموتسك (2)

(2) إذا مات شخص من بيت المال وأحدة وترك عتارا ، ولم يترك أي وارث آخر ،
فإن البيت تولى النسبة في ذلك المقار ، ورث بيت المال النصف الآخر ، فيصبح
بذلك بيت المال شريكا في ذلك المقار ، فإذا باع البيت نصيبها ، فيحق للسلطان
أن يشفع لبيت المال .

وحق السلطان في النسبة لبيت المال لا يشتر أي نقاش ، لكن إذا لم يثبت
السلطان شخصاً آخر المتأخر في الشؤون المالية لبيت المال ، فصل يحمق
تسديدا الشخصين أن يرفع لحساب بيت المال كما يحق للسلطان أن يفتسك
ولا يحق له ذلك . للجواب على ذلك نقول أن ذلك يفصل بينهما يلي :

أ - أن يؤوله القضاء الحق في الشفاعة لبيت المال ، ففي هذه الحالة
حق له ذلك ونزول عن رئاسة السلطان نفسه .

ب - أن يرضيه السلطان من النخبة ، فلا يحق له حينئذ أن يتجاوز حدود ما عيّن
فيه .

ج - أن يكتف السلطان ، فلا يرضى ، عند تعيينه لأعلى منحه هذا الحق ولا على منحه
سواء أو أن يحصل حاله ، فلا يترك حل منحه هذا الحق أو منحه فيه ، وفي هـ
سورة قبولان :

القول الأول : يرد العبرة أن لهذا الشخص أن يشفع لحساب بيت المال (3) .

القول الثاني : يرى ابن أبي زبانه ليس له أن يشفع حينئذ ، لأن الشفاعة تجارة ،
ولست من منحه التجارة ، وإنما تقتصر والمفتة على أن يجمع لبيت المال المسلمين
أ يجمع له (4) .

وقد ذكر المحقق الوزاني أن هذا القول هو المقصود والاعتسوي ، وأنه هو الذي يصح
في الحكم والقسوي (5) .

ليرد حكمه في الفقه الإسلامي هو أن يستتاب ثلثة أيام فإن لم يرجع إلى الإسلام فإنه يقتل ولا يرثه أقرباؤه
دون لأنه لا توارث بين مسلم وكافر ، ولك ذلك يرث بيت المال (الدولة) .

الزرقاني المرحوم في تفسيره (السابغ)
نقل عن ابن عرفة . 171/6
نوازل المحقق الوزاني 133/3 .

ومما دام الفقه الحديث يعترف بالشخصية المعنوية ويصليها الحق في اكتساب المال والتصرف فيه بواسطة نائبها القانوني ، فإنه لا مانع من اعطائها الحق في شفعية النصيب الذي يبيعه شريكها على الشياخ في المقار لا قياسا على بيت المال الذي نصيب الفقهاء علي ان له الحق في شفعية ما باعه شريكه .

ثانيا - اذا كان الشريك غير مسلم .

اذا كان العلماء قد اتفقوا على ثبوت الشفعية للشريك فيما اذا كان الاطراف جميعا مسلمين ، فقد ثار نقاش بينهم حول ما اذا كان احد هؤلاء الاطراف غير مسلم . انما الشريك البائع ، او الشريك الذي يطلب الشفعية ، او المشتري الذي صار النصيب المسمى . وبيان حكم الشفعية فيما اذا كان احد الاطراف غير مسلم نأتي بالتفصيل الآتي :

(1) اذا كان الاطراف جميعا غير مسلمين . وفي هذه الحالة لا يحكم عليهم بالشفعية الا اذا توافروا الى القاضي المسلم ورضوا بتطبيق احكام الشفعية عليهم . فتبين ان حكم الشريك باستحقاقه للشفعية ان كان هو الذي رفع الدعوى والمطلب تكونه من الشفعية (1) . يسري اشتباه انه لا يحكم بالشفعية اذا كان الاطراف غير مسلمين ولو توافروا الى القاضي المسلم .

(2) اذا كان البائع والمشتري كافرين والشريك مسلما حكم له بالشفعية ان طلبها .
 (3) اذا كان البائع والمشتري مسلمين والشريك غير مسلم . حكم له بالشفعية ان طلبها .
 (4) ان كان البائع غير مسلم والمشتري والشريك مسلمين . حكم للشريك بالشفعية ان طلبها .

(5) اذا كان البائع مسلما والمشتري والشريك غير مسلم . حكم له بالشفعية ان رفعها . سواء الى قاض مسلم . ويرى ابن القاسم ان الشريك لا يقضي له بالشفعية في هذه الحالة (3) . وجميع ابن رشد الاحكام المتعلقة بهذا الموضوع فقال : تحصيل القول في هذه المسألة انه ان كان الشفيع الذي لم يبيع او المشتري الشفيع عليه مسلما ، قضى بالشفعية لكل واحد منهما على ما فيه باتفاق المذهب ، لانه حكم بين مسلم ونصراني . واختلف ان كان الشفيع مشتري الشفيع عليه نصراني ، والشريك البائع مسلما ، فقال في هذه الرواية انه لا يقضي لذلك بالشفعية ، وسرقه ان اهل دينهما ، لان الشافع والشفيع نصرانيان . وقال في اصل سديسة ، وهو في بعض روايات المدونة انه يقضي في ذلك بالشفعية من اجل ان الشريك البائع مسلم وهو قول اشهب في المجموعة (4) .

الزرقاني 170/6 . وذكر ان البائع اذا رفع الدعوى يطلب تمكين شريكه من شفعية ما باعه هو فان ذلك شهر ولا يحكم بذلك . (2) المحلل
 الزرقاني 170/6 . ولعل الجواب قول ابن القاسم بانه ما دام كل من المشتري والشريك غير مسلم فان من حقه شري ان يقول : ليس في ديننا حكم بالشفعية . الجواب 311/5 .
 الجواب 311/5 .

وشبوت الحق في الشفعة للشريك غير المسلم فيما اشتراه مسلم هو مدفوع حسب كثير من الفقهاء منهم شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعي ، وإياس بن معاوية ، وحماد ابن أبي سليمان ، والشيبوري ، ومالك ، والشافعي (1) ، والحنيفي ، وأبو حنيفة . واستدلوا على ذلك بالمعصوم المستفاد من الأحاديث الواردة في الشفعة . ومنها : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم . فان هذه الأحاديث عامة في كل شريك ، مسلم أو كافر . واحتجوا أيضا بما روي عن شريح أنه قضى بالشفعة لذمي على مسلم . وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازه . وكان ذلك بمحض مسبق الصحابة فيكون بذلك اجطلا (2) . كما احتجوا على ذلك بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك بالحق . وهذا الضرر يلحق المسلم والكافر ، فيجب أن يتولى المسلم والكافر في هذا الحق .

ورأى الحنابلة أن الشريك الذمي لا يستحق الشفعة فيما اشتراه المسلم . واحتجوا على ذلك بحديث رواه الدارقطني في كتاب القتل عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا شفعة للذمي . وهذا الحديث يخص المعصوم المستفاد من الحديث الذي يحتج به الجمهور .

كما احتجوا على ذلك أيضا بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك المسلم ، وإن كان فيما بعض الضرر على المشتري . ولا يلزم من إباحة الشفعة لازالة الضرر عن المسلم ، إباحة بالنسبة للشريك غير المسلم لأن حق المسلم أرجح ورأيت له أولى .

ويجاب على ذلك بأن الحديث الذي يحتجون به ضعيف لا يقوى على أن يمارض الحد يث الصحيح الذي يحتج به الجمهور والذي يفيد المعصوم بالنسبة للمسلم والكافر . كما يجاب بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشريك بقضاء الكافر عن دينه .

(فتح المصنفين 400/11)

(بدائع الصنائع 5 / 65)

الفصل الثاني

المشروع

المشروع هو الشيء الذي يمكن للشريك فيه أن يطالب بشفعة النصيب الذي يفتوته شريكه فيه .

وقد شار نقاش كبير بين العلماء حول الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للشفعة وتمسدت آراءهم في هذا الموضوع .

ونتكلم أولاً على موقف علماء المذاهب من الشيء المشروع ، ثم نتكلم ثانية على الأشياء التي يمكن شفعتها حسب المذهب المالكي .

المبحث الأول

آراء الفقهاء في الشيء المشروع

نعرض في هذا المبحث لبسط آراء فقهاء المذاهب الأربعة في تحديد الأشياء التي يمكن شفعتها ، والحجج التي استند عليها كل مذهب ، ثم نقارن بين هذه الآراء لترجيح كنهها الساري الذي يؤيده الدليل القوي .

النقطة الأولى : آراء الفقهاء في تحديد الشيء المشروع .

نشير في بداية هذا الموضوع إلى أن علماء الإسلام اتفقوا على أن الشفعة تثبت في المقار ، وذلك لأن الأحاديث الواردة في الشفعا صريحة في ثبوت الشفعة في المقار المشتركة . وذلك كما في حديث جابر بن عبد الله : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فبالشفعة (1) . ومعلوم أن الذي يقسم بالحدود والطرق هو المقار ، وكما ورد في الحديث الآخر عن جابر أيضاً : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط (2) . . الحديث .

ثم إن الأضرار التي شرعت الشفعة لزالها تجل في المقارات بالخصوص ، لأن المقار يدوم مدة أطول فتطول بذلك مدة الشركة فيه ، وتنشأ عن ذلك أضرار كثيرة للشركاء ، ولذلك يجب إعطاء الحق للشريك فيه في الشفعة لترفع تلك الأضرار وتزول . وبعد أن اتفق العلماء على أن الشفعة ثابتة في المقار ، اختلفوا حول تحديد مفهوم المقار . كما اختلفوا حول تحديد المقار الذي تجب فيه الشفعة ، هل المقار الذي يقبل القسمة دون غيره أو المقارات كلها سواء كانت تقبل القسمة أو لا تقبلها .

أما ففصل يخص تحديد مفهوم المقار .

نشير إلى أن الفقهاء اختلفوا حول تحديد مفهوم المقار بحسب ما يلي :

(1) انظر صفحة 25

(2) انظر صفحة 26

(1) يرى المالكية ان المقار هو كل ما لا يمكن نقله ابدًا . (وهو الارض او ما لا يمكن نقله الا بتغيير عيائه (وهو البناء والاشجار) . وينهي على هذا ان الشفعة كما ثبتت في الارض تثبت في كل ما يتصل بها من بناء وشجر وغيره ولو بيع وحده على ما سياتي :

(2) ويرى غير المالكية ان المقار هو ما لا يمكن نقله ابدًا . وذلك يقتضي ما ذكره . اما الشجر والبناء فتعتبر منقولات لانها يمكن نقلها . وينهي على ذلك ان الشفعة لا تثبت فيما عدا الارض من البناء والشجر الا اذا بيع مع الارض . اما اذا بيع البناء والشجر وحده فلا شفعة فيه . ب - وفيما يتعلق بتحديد المقار الذي تجب فيه الشفعة . وحل تخلف الشفعة بالمقار او تثبت فيه وفي المقسول . نشير الى ان الفقهاء انقسموا في هذا الموضع الى خمسة مذاهب .

المذهب الاول : يرى كثير من الفقهاء ومنهم الشافعي (1) ان الشفعة لا تثبت الا في المقار الذي يقبل القسمة . ولا تكون فيما عدا ذلك من المقار الذي لا يقبل القسمة كما لا تكون في غير المقار .

والمراد بالمقار الذي لا يقبل القسمة : المقار الذي تبطل بقسمته منصفته المقصودة منه . بحيث لا يبقى بعد القسمة صالحا للاستعمال فيما كان يستعمل فيه قبل القسمة . وان كان يمكن استعماله بعد القسمة لتحقيق فرض آخر . واما ذلك الذي افترضنا ان هناك طاحونا او حياصا او شجرة مشتركا بين شخصين ، وكان يمكن تحويله الى طاحونين او حياصين او شجرتين . فاذن باع احدهما الشريكين نصيبه فلا شفعة للآخر (2) . ولانه لا يمكن قسمة هذا المقار مادام لا يمكن استعماله بعد القسمة فيما كان يستعمل فيه قبلها .

واخرج انصار هذا الرأي على عدم ثبوت الشفعة في غير المقار بدليلين .

أولهما : الحديث الذي أخرجه البزار عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا شفعة الا في بيع او حائط ولا ينشئ له ان يبيع حتى يسامر صاحبه ، فان شاء اخذ وان شاء ترك " وأخرج البيهقي عن ابي هريرة ثانيا : ان عمر الشركة في غير المقار قليل جدا لا يستوجب ان ينتز من يد مشتريه بالرغم عنه .

ب - بخلاف المقار فان ضرر الشركة فيه جسيم ودائم . لان الشريك ينسحب الى احداث موانع لم تكن في المقار . ويقوم بتغيير بنيانه وطرق استعماله ، ويضيق ما اتسع منه ، ويخرب ما كان عامرا ، ولهذا شرعت الشفعة لرفع هذه الاضرار التي لا توجد في المنقولات المشتركة . لانها لا تدوم دوام المقار ولا يتانسى للشريك ان يفصل فيها ما يفصله في المقار . (3) .

(1) فتاوى المصنفين 337/3 .

(2) تحفة الطالب 146/2 .

(3) اعلام الموقعين 123/2 .

أما عدم ثبوت الفحصة في العقار الذي لا يقبل القسمة فيجوزون له بعد الحسبي :

(1) إن الأحاديث الواردة في الشفعة تدل على أن الشفعة تكون فيما لم يقسم . ومن ذلك ما ورد في حديث جابر " قض رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم " . الحديث ومعنى هذا أن الشفعة تكون فيما لم يقسم مسبقا يمكن أن يقسم . كما يقال : إن الشفعة أمّا تكون فيما لم يقسم ، إلا إذا كان ذلك العقار مما يقبل أن يقسم (1) . فبدل من جهة : فإذا وقعت الحدود وحرفت الطارق فأنه شفعة ، أي إذا قسم فعلا فأنه شفعة فيه . وقد كانت الشفعة ثابتة حتى في العقار الذي لا يقبل القسمة لما صح أن يقال : إذا قسم بالحد فلا شفعة ، لأنه من المعروف أنه لا يصح أن تنفي الشفعة عن شيء إلا إذا كان قابلا لها ، ولذلك لا يقاس ، مثلا : أن هذا السيف لم يقسم بين الشركاء ، لأنه لا يصح أن يقال أن هذا السيف قسم .

وإذا كانت الأحاديث الواردة في الشفعة تقتصر على إثبات الشفعة في العقار المستندي قبل القسمة ، فلا يمكن أن يحكم بالشفعة فيما عدا ذلك ، ولأننا نعلم أن الشفعة تخص الحسبي انتزاع الملك من يد صاحبه جبراً عنه ، وهذا لا يجوز إلا فيما ورد الترخيص بجوازه فيه ، وهو العقار القابل للقسمة . وما عداه لا يجوز إخراجه من يد صاحبه بالرغم عنه عن طريق الشفعة .

(2) أن الشفعة شرعت لرفع ضرر القسمة (2) . لأن الشريك القديم يخشى أن يطلب الشريك الجديد قسمة العقار المشترك ، فينتج عنها ضرر له . لذلك أطلب الحق فمسي للقسمة وما ينشأ عنها من ضرر .

وهذا الضرر لا يتوقع إلا في العقار الذي يقبل القسمة ، لأنه هو الذي يتصور فيه أن يطلب الشريك فيه قسمة . أما العقار الذي لا يقبل القسمة ، فقد يتصور فيه أن يحدث للشريك فيه ضرر بقسمة ، لأنه لا يقسم ، ولا يستجاب للطلب المتعلق به .

(3) أن العقار الذي لا يقبل القسمة ابتداء كالبشر أو النباتات ، ولكن بفناء بلحته ضحاك الحطام ، إذا طلب أحد الشركاء فيه البيع أجبر الشركاء الآخرون عليه ، لأنه لا يجبر أحد على البناء في الشركة ، ولأن من يريد البيع قد يتخذ رعايته المصير على شخص يشترى منه نصيبه ، أو يتخذ رعايته أن يبيعه بقيقته الحقيقية . بناء على أن الشريك يجبر على البيع عند ما يريد شريكه بيع نصيبه ، لم يكن له الحق في الشفعة . بخلاف الشريك في العقار الذي يقبل القسمة ، إذا أراءه بيع نصيبه ، فإن الشركاء الآخرين لا يجهلون على البيع .

(1) وفي ذلك يقول ابن العربي : قوله في ما لم يقسم . دليل على أن ذلك مختص بما تنافي قسمة . فمن الترفي 133/6 . ويقول الشيخ سليمان البجيرمي : فيما لم يقسم : الترفي أنه يقسم الشفعة ، وأن الأصل فوط نفي بام كونه في المتكسب . بخلاف ما نفي به . نحو : لا شفعة لك . تحفة المحيبي 135/3 .

(2) سبق لنا أن ذكرنا أن هناك غشاً فيما يتعلق بالضرر الذي شرعت الشفعة لرفعه قبل حصول ضرر القسمة أو ضرر الشركة . وأصحاب هذا القول يسيرون على أن الشفعة شرعت لرفع ضرر القسمة .

عليه ان يجسد من يشترى نصيبه بثمنه الحقيقي ، لان هذا المعنى يعلم انه يحسن ان يطلب
القسمه ليستقل بمسا اشتراه ، فلذلك يحق للشركاء الذين لم يبيعوا منه ان يشفوا منه فهو
ليرفع عنهم الاضرار التي يمكن ان تلحقهم من هذا الشريك الجديد ، سواء من نصيبه
او من نصيبه للقسمه (1) .

ومعنى هذا ان المقار الذي لا يقبل القسمه لاشقة فيه ، لانه عند ما يريد احد الشركاء
بيع نصيبه ، سيرغم الشركاء الآخرون على البيع معه ، وقد يبق لدى الحق في الشقة ، فيقسم
سيبيعون به ورثهم . فلا يدخل عليهم شريك جديد يتضررون منه ، اما انكار الذي يسل
القسمه فيه الشقة ، لانه اذا اراد احد الشركاء بيع نصيبه فيه ، لم يرغم شركاء
الآخرون على البيع معه ، وانما يمكنه ان يبيع وحده ، ولهذا يحق للشركاء الآخرين ان يشفوا
ليرفع عنهم ضرر الشريك الجديد .

الذهب الثاني : يرى الحنفية ان الشقة لا تثبت في المنقول ، وانما تثبت في
المقار فقط ، سواء كان يقبل القسمه او لا يقبلها (2) كالحمام والرحا والبشر والاسر والتمسك
والدور الضار .

والمراد بالمقار عند اصحاب هذا الرأي : ماله اصل ثابت ، مثل السدار والنجعة
ويحتجون على ثبوت الشقة في المقار الذي لا يقبل القسمه ، بان الشقة شرعت
لرفع ضرر الشركة والجوار ، وهذا الضرر موجود في المقار الذي يقبل القسمه وفي العقار
الذي لا يقبلها (3) .
اما المنقول فلا شقة فيه سواء كان ممسا يتصل بالمقار او لا . سواء يبيع وحده
او مع المقار .

ويستثنى من ذلك حالة واحدة . وهي ما اذا كان المنقول ممسا بالمقار ويبيع
معه على انه تابع له . وذلك مثل الفرس والزرع والتمر الذي يباع مع الحمار . فان الشقة تثبت
فيه تبعاً للشقة في المقار وذلك من قبيل الاحسان (4) .

الذهب الثالث : يرى فقهاء مكة واهل الظاهر وعطاء . ان الشقة تثبت في كل شيء

من عقار وغيره - مما عدا المكمل والموزون - سواء كان ذلك الشيء ممسا
يقبل القسمه او ممسا لا يقبلها . ومعنى هذا ان الشقة تثبت للشريك في الحيوان والاشياء
والشجر ، والجوهر ، والدور ، والعقار الذي لا يمكن قسمه . وقد ورد في رواية حنبل
ما يلي : قيل لاهم : فالحيوان دابة تكون بين رجلين ، او حمار ، او ما كان
من نحو ذلك . قال : هذا كله اوكد ، لان خليطه الشريك احق به بالتمسك .

(1) الزرقاني : 172/6 .

(2) بدائع الصنائع : 12/5 .

(3) فتح الميم : 337/3 .

(4) بدائع الصنائع : 28/5 .

ويقول ابن حزم : الشفعة واجبة في كل جزء يبيع مشاعا غير مقوم بهن اثنين فصاعدا ، من أي شيء ، كان مما يقسم أولا ، من أرض ، أو شجرة واحدة فأكبر أو عبد أو أمصة أو من سيف ، أو من طعام ، أو من حيوان ، أو من أي شيء يبيع (1) .

واخرج أصحاب هذا المذهب لثبوت الشفعة فيما ذكر بمسائل يلي :
(1) حديث جابر : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم . فإن هذا الحديث عام في المنقول والعقار .

(2) الحديث الذي في كتاب الخراج عن يحيى بن آدم ، عن زهير عن ابن الزبير عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان له شرك في نخل أو بركة ، فليبر له أن يبيع حتى يؤمن شريكه ، فإن رضي أخذه ، وإن كرهه تركه . (2)

(3) الحديث الذي رواه الترمذي قال : حدثنا يوسف بن عيسى ، حدثنا الفضل بن موسى عن أبي حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشريك شفعي ، والشفعة في كل شيء .

وقد علق الترمذي على هذا الحديث بقوله : هذا حديث لا يعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري . أي أن أبا حمزة هو الذي انفرد بهذا الاسناد الذي فيه رفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسلم بواسطة عبد الله بن عباس . في حين أن هناك عدة رواة غير أبي حمزة المذكور روى هذا الحديث مسندا بدون ذكر عبد الله بن عباس ثم ساق الترمذي اسناده آخر لرواية هذا الحديث ليس فيه ذكر لابن عباس فهو :
حدثنا هناك ، حدثنا أبو بكر بن عباس ، عن عبد العزيز بن رفيع عن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم نحوه بحضرة " أي بمشقة الحديث المذكور " وليبر له عن ابن عباس .

وختتم الموضوع بقوله : وهكذا روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع مثل هذا الخبر فيه عن ابن عباس . وهذا أصح من حديث أبي حمزة . ثم قال : وأبو حمزة ثقة ، يمكن أن يكون الخاطئ من غيره .

كما ذكر ابن القيم أن هذا الحديث قد ورد من عدة طرق مسنلا ، أي من غير ذكر أصحابي الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ومن ذلك : رواية أبي بكر بن عبيد الله وإسرائيل بن يونس . ومنها أيضا : رواية أبي الأحوس عن سليمان بن سليم ، عن عبد العزيز بن أبي ربيعة : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء ، والأرض والدار والخادم . كما ورد مرفوعا بالاسناد الذي أخرجه الترمذي عن ابن عباس . ولهذا فإما أن تقبل زيادة أبي حمزة السكري ، أو تكون حينئذ مرفوعا ، ومسنلا ، وأبو حمزة المذكور ثقة ، فله بثلك الترمذي نفسه . وأما أن لا تقبل

زيادة ابي حمزة ه نيكسون الحديث مرسل (1) . وقد تضمنت وثايد بالاثار
(4) الحديث الذي رواه الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف
ابن ادريس عن ابن جريج ه عن عطاء عن جابر قال : قضى رسول الله صلى
بالشفعة في كل شيء .

وقد على ابن القيم على هذا الحديث بان رواه المذكورين ثقة ه وان
(5) كما انهم احتجوا على ثبوت الشفعة في كل شيء بالقياس انما
قصد بالشفعة رفع الضرر عن الشريك ه وما ان الضرر الذي يحصل للشريك في
القسمه ابلغ من الضرر الذي يحصل للشريك في الاشياء التي تقبل القسمه ه
فانه اذا كان الشارع قد عمل على رفع الضرر الاخف فمن الاولى ان يحصل
الابلاغ ه ولهذا فحس على فرض ان الاحاديث الواردة في الشفعة ه تدل على
الذي يقبل القسمه ه فانه يقال ان الشارع نسيه بذلك على ثبوتها فيما لا يقبل
الضرر على ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمه يفسم منه ثبوتها في
القسمه عن طريق الفهم الاخرى .

ثم ان اصحاب هذا الرأي انتقدوا حجج انصار الرأي الاول بما يلي
(1) ما ذكره انصار الرأي الاول من ان الاصل عدم انتزاع ملك الغير الا
منه القاعده توجب ان لا ينتزع من المشتري ما اشتراه باستثناء ما ورد النص
بجواب عنه بان الشارع انما منع انتزاع ملك الغير الا برضاه ه لما في ذلك من
الخير والاضراب به . وهذا يعني انه اذا كان انتزاع ملك الغير من يده لا يتضمن
بسه . كما في الشفعة التي يرد فيها للمشتري ما دفعه في مقابل حصوله
الذي ينتزعه منه الشفع . فان قواعد الشرع تبيح ذلك الانتزاع ولا تمنعه . كما تبين
الملكية مقابل تعويض صاحب الملك اذا كانت الصلحة تقتضي ذلك الانتزاع ه
ان يتنازل عن ملكه .

على اننا نقول : ان هناك ما يبرر انتزاع الملك من يده المشتري بواسطة
وهو الشارع امر الشريك الذي يريد بيع نصيبه بان يعرضه على شريكه ه
الشريك لهذا الامر ه واع نصيبه لاجنبي ه فانه يعتبر ظالما لشريكه وضراره ه لانه
عليه شريكه جديدا . ولذلك وقف الشارع في وجهه هذا الشريك الظالم واقفه عن حده ه
اعطاء الحق لشريكه في ان يشفع ذلك النصيب فيرفع عنه ذلك الضرر من غير ان يلحق بالضرر
بغيره . (3)

(ذكر الامام الترمذي ان الروايات التي تروى هذا الحديث على انه مرسل اصح من حديثه
مؤثرة .
اعلام الموقعين 123/2 .
اعلام الموقعين 123/2 .

(2) اما الاستدلال بالاحاديث على ان الشفعة لا تثبت الا في العقار الذي يتيسر القصصة ، فانه يجاب عنه بان الاحاديث وردت بالشفعة في العقار وفي غيره كما اوردت سابقا ، وحتى لو فرض ان الاحاديث لا تنص الا على الشفعة في العقار الذي يتيسر القصصة ، فان هذه الاحاديث لم تنف الشفعة في غير ما نصت عليه (2) ، وانما اكتفت بالنص على الشفعة في العقار الذي يتيسر القصصة ، للتبني على ثبوت الشفعة في غير ما نصت عليه من باب التعبير بالادنى من الاعلى .

(3) ليس صحيحا ما يقال من ان الشفعة شرعت في العقار لانه يدوم ، فيدوم فيه ضرر الشركة ، بخلاف المنقول ، فانه لا يدوم ، ولا يدوم ضرر الشركة فيه ، فذلك لا تثبت فيه الشفعة . اذ ان من المنقول ما يتايد ويدوم ، فيدوم معه ضرر الشركة ، وذلك مثل الجواهر والسيف ، والكتاب ، ومن المنقول ما يمتد مدة طويلة وان كان لا يدوم مدى الدهر مثل العقار ، فذلك كالجارسة (والمفيسة) ، ولذلك يجب اعفاء الشريك في المنقول الحق في الشفعة ليرتفع عنه الضرر الذي يحصل له من دخول شريك جديد عليه .

على انه حتى على فرض صحة ما يقال من ان المنقول لا يطول وذلك لا يطول ضرر الشركة فيه ، فان ذلك لا يمنع من اثبات حق الشفعة فيه ، لان الشارع يشمل على رفع الضرر لمساكنات مدته يسيرة ، لانه مهما امكننا رفع الضرر الا ورفعه . (2)

(4) اما الاحتجاج بان ضرر العقار اكثر من ضرر المنقول ، فيجاب عنه بما يلي :
اولا : ليس كل عقار فيه هذا الضرر ، اذ ان هناك عقارات لا ضرر فيها على الشريك من الشركة ، كما في الاراضي الواسعة التي لا بناء فيها ، والتي لا يؤذي فيها الشريك شركته .

ثانيا : على فرض ان كل العقارات تشمل الشركة فيها على اصراره فانه يمكن رفع هذه الاضرار عن طريق آخر غير الشفعة ، وهو طريق القصصة ، لان اغلب العقارات يمكن قسمتها باختلاف المنقولات ، فان الضرر الذي في الشركة فيها لا يمكن رفعه عن طريق قصته ، لان اغلب المنقولات لا تقبل القصصة (3) .

النقطة الثانية : المقارنة بين هذه الآراء .

يتبين لنا مما سبق ان كلا من اصحاب هذه المذاهب يحتاج لرأيه ، ويحاول ان يستدل له بالاحاديث والقياس على القواعد الشرعية ، ويميل على بعض حجج المذهب الآخر . ومن مراجعتنا للحجج التي استند اليها اصحاب كل مذهب ، يتبين لنا ان الراي الذي يجب الاعتماد عليه هو ثبوت الشفعة في العقار دون المنقول ، لان الاحاديث الصحيحة التي رويت عن جابر بن عبد الله ورواها البخاري ومسلم وغيرهما ، انما تنحدر عن الشفعة

- (1) نفس المصدر
- (2) اعلام الموقعين ص 123/2
- (3) اعلام الموقعين ص 124/2

في المقار ، ولا تشير الى غيره ابدأ . كما انه من المسلم به ان المقار هو الذي تشمل الشركة فيه على اضرار كثيرة لا تشمل عليها الشركة في اغلب المقولات .

كما اننا نرى ان الشفعة ثبتت في كل عقار ، سواء كان يقبل القسمة او لا يقبلها ، لما عرفنا من ان الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة ، ومن المعلوم ان هذا الشرع يتحقق في المقار الذي لا يقبل القسمة ، كما يتحقق في المقار الذي يقبلها .

والاحتجاج على عدم ثبوت الشفعة في المقار الذي لا يقبل القسمة بما ورد في حديث جابر بن عبد الله : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم ، بناء على ان قوله ما لم يقسم ، يستدعي انه يقبل القسمة ، وبناء على القاعدة التي تنهي بان نفسي الشفعة عن الذات يستدعي قبولها ، ورد بان الحديث انما ورد فيه قوله : في كل بالسم يقسم . ليرتب عليه قوله : فاذا وقعت الحدود الحديث . اي ليعين انه لا شفعة فيما اذا قسم المقار المشترك . وليس الغرض من ذلك النص بيان ان الشفعة لا تكون الا في المقار الذي يقبل القسمة ، ولو قصد بيان ذلك لقال : فاذا وقعت الحدود وصرفت بطرقتي او كان المقار مما لا يقبل القسمة فلا شفعة . لانه اذا كان قوله فيما لم يقسم قد اريد به نفي الشفعة عن المقار الذي لا يقبل القسمة . وعن المقار الذي قسم فعلا ، فاما ان يمكن من التصرف للتصميم على حكم المفهومين . اكتفاء بمفهوم المخالفة فيما ، واما ان ينزع عليهما معا . ولا يمكن ان ينزع على حكم احده مفهومي المخالفة ويستكت من الآخر اكتفاء بذلك المفهوم . فلما نزع على حكم المقار الذي قسم ، دل ذلك على انه لم يرد نفي الشفعة عن المقار الذي لا يقبل القسمة (1)

(1) وذلك كما في قوله تعالى : (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) ان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) فان هذه الآية وصفت الربائب المحرمات بوصفين هما : ا - كونهن في حجور زوج الام . ب - كون امهن قد خولا بها . ويقسم من هذا ان الرئيسية اذا لم تكن الام قد خولا بها فلا تحرم على زوج امها . ولو اكتفى القراء بقوله : وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن . لفهمنا اباحة الربيبة اذا لم تكن في حجور زوج امها . وباحة الربيبة اذا لم يقع الدخول بامها . لكنه نزع على اباحة الربيبة التي لم يقع الدخول بامها . ويستكت عن الربيبة التي ليست في حجر الزوج ، فينبغي من سكوته انه لم يقصد قوله في حجوركم بيان ان الربيبة اذا لم تكن في الحجر فهي مباحة ، ثم لا يعقل ان ياتى بمفهومين ثم ينص على احدهما ويكتفى بالمفهوم الآخر من غير ان ينص عليه ، وانما المقبول هو اما ان يستكت عن التعمير لحكم المفهومين ، ثم حينئذ يفتى بمفهوم المخالفة ، واما ان ينص عليهما صراحة فنعتهد بالنفي .

أما القاعدة التي تقول : نفي الصفة عن الذات يستدعي قبولها ، وإن هذا ينبغي أن قوله في الحديث ، فيما لم يسم ، يستدعي أن المقار الذي ثبتت الشفعة فيه هو الذي يمكن أن يسم ، فإنما ليست قاعدة مطلقة ، حتى يمكن الاحتجاج بها هنا ، لأنه وردت نصوص فيها نفي الصفة عن الذات ، مع أن تلك الذات لا تثقل تلك الصفة ، ومن ذلك قوله تعالى : (لا تأخذ به سنة ولا نوم) ، ولا ينبغي أن ذات الله تعالى لا تثقل السنة والنوم ، ومما يرجع ذلك قدس نفوسنا عن مسا .

وهذا يبين أن الأحاديث الصحيحة الواردة في الشفعة لا تثبت الشفعة إلا في المقار ولا تتكلم على المنقول .

فإنه إذا كانت هذه الأحاديث الصحيحة الواردة في الشفعة ، لا تثبت الشفعة إلا في المقار ، إلا أن الصلحة تقتضي أن يتمتع في مفهوم المقار ، ليشتمل على ما هو متصل بالمقار ، مثل الشار المشتركة التي لا تقطع دفعة واحدة ويترتب على تكرار دخول المشتري نصيب أحد الشركاء ، فيما ضرر للشركاء الآخرين ، ومثل الحقوق المبنية المتعلقة بالمقار ، كالكرسي ، والكرسي الطويل والمفارسة ، والسهم . فإن القول بشيئ من الشفعة في كل ذلك يحقق الصلحة التي شرعت من أجلها الشفعة ، وهي رفع الضرر عن الشركاء من دخول شريك جديد عليهم .

كما أنه لو كان من المعروف أن لبعض المنقولات ، وخاصة في العصر الحديث انتمية كبرى ، وقيمة عالية ، كما أنها تدوم مدة طويلة ، وذلك مثل السفن والآلات والمحركات التجارية ، فمن الصلحة أن تهبط عن طريقة ليتوصل بها الشركاء في مثل هذه المنقولات إلى أن يتولد نصيب شريكهم عند ما يبيع للغير ليرفع عنهم الضرر الذي يلحقهم من دخول هذا المالك الجديد عليهم ، ويمكن الوصول إلى هذا الهدف بأحدى الوسيلتين الآتيتين :

الأولى : ما نره الماتية من أن الشريك في المنقول وإن كان لا يستحق شفعة ما بآله شريكه إلا أنه يستحق أن يأخذ ذلك النصيب من الشريك الذي يضمن على البيع فلا حق للشريك حينئذ في الشفعة ، وهذه الوسيلة كما نرى إنما تنفع الشريك بل تمام عقد البيع الذي يفت به شريكه نصيبه للغير ، لا بعهده . ولذلك فإنها طريقة أصرة عن تحقيق الهدف الذي شرعت من أجله الشفعة وهو استرداد الحصة من المشتري الجديد .

الثانية : أن نغير هذه المنقولات على المقار في إعطاء الحق للشريك فيه فسيستدعي ما بآله شريكه للأجنبي ، لأن ذلك يرفع عن الشركاء نفس الضرر الذي ترفضه شفعة في المقار .

ولكننا نرى أن غرضنا الحق لا يعتبر من الشفعة ، لما ذكرنا من أن الأحاديث الصحيحة إنما تثبت الشفعة في المقار ، ولا يمكن معارضة هذه الأحاديث بالأحاد يست

التي اخرج بها انصار المذهب الذي يرى ان الشفعة تثبت في كل شيء من منقول وعقار .
ولهذا فاننا نخلص التسوية التي اطلقها رجال القانون المصري على هذا النوع ،
وهو الاستسراء .

وسرى ان القانون المصري لم يقتصر احكام الشفعة على العقار فقط ، وانما جعلها
عامة في العقار والمنقول ، بل لعل انه ليس لاحكام الشفعة عند الكسب على الشركة في ظهير
الالتزامات والمقود ، كما تكلم عليها مرة اخرى في ظهير القانون العقاري .

ونظرا لاختلاف الاحكام المنبثقة بالشفعة في هذين الظهيرين ، فقد اخترنا ان تطبق
احكام الشفعة المذكورة في ظهير الالتزامات والمقود على المنقولات . بينما تطبق احكام
الشفعة المنصوص عليها في الظهير السابق على المقارات المحفوظة على المقارات والحقوق
المتعلقة بها .

الببحث الثاني

الشفعة حسب المذهب المالكي

بعد ان استعرضنا آراء الفقهاء حول الشيء المشفع ، وبيننا ان الرأي الراجح
انه ان يؤول اصحابه ان الشفعة تثبت في العقار ، سواء كان يقبل القسمة او لم يكن من
يتعلق بها . تنتقل الى تفصيل الكلام على الاشياء التي تثبت فيها الشفعة حسب المذهب المالكي
وسنبين لنا ان المالكية يرون ثبوت الشفعة في العقار ، ونعني بتعلق بالعقار مسمى
لا يمكن فصله عنه ، وفيما يتعلق بالعقار مسمى يمكن فصله عنه ، وهو الثمار والزروع ، كما
يرون ثبوت الشفعة في الحقوق المتعلقة بالعقار ، كالكراء الطويل والعامي ، وكالحقوق المكتسبة
بالخفارة والسحمة والبرص ، ويرون ايضا ثبوت الشفعة في الماء الممتد للمقي ، وفي
الحيوان الموصد بخدمة العقار . ومنكلم في هذا البحث على ما يتعلق بالمشفع
عند المالكية وذلك في اربع نقاط . ثم نختم هذا البحث بنقطة خامسة نشير فيها الى
حكم المنقولات التي لا شفعة فيها عند ما يبيع احد الشركاء نصيبه فيها .

النقطة الاولى : الشفعة في العقار ،

سبق ان عرفنا ان العقار إما ان يكون قابلا للقسمة اولا .
أ - فاذا كان العقار قابلا للقسمة . فان المالكية يتفقون على ثبوت الشفعة فيه .
ب - اما اذا كان العقار غير قابل للقسمة وذلك :

(1) اما لكثرة الشركاء ، بحيث يكون العقار مسمى يمكن قسمته ، ولكن تتعذر قسمته
سنة عينيه ، نظرا لكثرة الشركاء الذين يملكونه . ففي هذه الحالة يتفق المالكية ايضا
على ثبوت الشفعة فيه .

(2) واما لان طبع ماله او ما اعد له يجعله غير قابل للقسمة ، وذلك كالعين
البشر والشجرة الواحدة والحمام والرحى . اذ انه من المعروف ان البشر والشجر

الواحدة لا يمكن قسمتها خمسة بين الشركاء فيعسا ، كما ان الحمام اذا قسم لا يبقى حصصا مالحا لاستعمالها اعد له ، وكذلك الرحس . وقد يشار خصالا بين المالكة حول هذا النوع من اثار ، هل ثبت فيه الشفعة اولا .

اولا . يرى الامام مالك في الشفعة انه اذا كان المقار الذي يوجد به البئر والعين وغيرهما مما لا يمكن قسمته ما يخال شائعا بين الشركاء ، فان الشفعة تثبت في هذه الاشياء . سواء باع الشريك فيها شيئا وحدها ، او باعها مع نصيبه في الارض المشتركة ، اما اذا كانت الارض التي يوجد بها البئر والعين قد قسمت بين الشركاء ، ومقت البئر والمين شائعة ثم باع احد الشركاء نصيبه في تلك البئر ، فقد روى عن مالك روايتان ، رواية المدونة انه لا شفعة للآخر ، ورواية النخبة ان له الشفعة ، وقد حاول الفقهاء ان يجمعوا بين الروايتين . فقال سحنون : يحصل ما في المدونة على البئر المتحصنة ، وما في النخبة على المتعددة . ومعنى هذا ان مالكا يرى ثبوت الشفعة في هذا النوع من المقار وذلك بناء على ان الشفعة ثبت في الاصول كلها ، ما ينقسم منها وما لا ينقسم . لان القسمة شرعت لرفع ضرر الركة ، ولذلك تجب الشفعة في كل عقار ، ليرتفع الضرر عن الشركاء من دأول الحديث الجديد عليهم . وهذا القول اخذ مطرف (1)

ثانيا : قال ابن القاسم في النخبة ، ان الشفعة لا تثبت في المقار الذي لا يقبل القسمة بطبيعته ، او بحسب الاستعمال ، وذلك لان الشفعة شرعت لرفع ضرر القسمة ، وما ان هذا المقار لا يقسم فقد يتصور فيه هذا الضرر ، ولذلك لا تكون حاجة الى الشفعة . ثالثا : قال ابن القاسم في المدونة ، ان الشفعة لا تجب الا في المقار الذي يمكن قسمته وان كان لا يحكم بقسمته ، لما في قسمته من تفويت الشفعة التي اعد لها ، وذلك كالحمام والرحس . فانما يقسم القسمة ، ولكن لا يحكم بها لمن البها ، لما يترتب عليها من فوات الضرر الذي اعد له ذلك المقار .

ومعنى هذا القول ان المقار اذا كان لا يقبل القسمة اصلا بحسب طبيعته كالشجر والشجرة الواحدة قد ثبت فيه الشفعة .

وهكذا نرى ان الامام مالك يرى ثبوت الشفعة في كل عقار . سواء كان يقبل القسمة ولا ، اما ابن القاسم فان له قولين في الجمالية ، هما قوله في النخبة الذي يقول فيه ان الشفعة لا تثبت في المقار الذي لا يقبل القسمة بطبيعته ، او بحسب الاستعمال . وقوله في المدونة ان الشفعة لا تثبت في المقار الذي لا يقبل القسمة بحسب طبيعته . وثبت في المقار الذي لا يقبل القسمة بحسب الاستعمال .

(1) ابن سلعون في المقدم المصنف 45/2 و 46 وهذا يقول الامام الشافعي . اما ابو حنيفة فيرى ان البئر لا شفعة فيها . وذلك لما روى في الحديث لا شفعة في بئر . ورد عليه الامام مالك بان المنقود لبئر في الحديث المذكور آبار الصحراء التي تحفر في الارض الصوات ، لا التي تكون مطوكة . لكن هذا الحمل يحتاج الى بيان .

ومن المعلوم ان قول ابن القاسم في المدونة يقدم على قوله في غيرها ، وهذا يعني ان ابن القاسم يوافق الاصم كالكا في المقار الذي لا يقبل القسمة بحسب الاستعمال ، حيث يرى كل منكما ثبوت القسمة فيه . ويخالفه في المقار الذي لا يقبل القسمة بحسب بابيته ، حيث يرى الاصم كالكا ثبوت القسمة فيه ، بينما يرى ابن القاسم عدم ثبوتها . وقد علمنا ان سبب هذا الخلاف هو الخلاف حول الضرر الذي شرعت القسمة من اجله ، هل هو ضرر المركبة ، ام ضرر القسمة .

وقد جرى العمل باقتضاها في الحسام (1) .

وقضى خذرين سيد بانه قسمة في امرن وما ا شبعه ، قياسا على ثبوتها في الحمام (2) .
وقد ابن حنيفة عن ابن وهب ان سبل جرى عندهم " في الاندلس " بثبوت القسمة في الرحى (3) .

ويمكننا ان نشطع من ذلك ان العمل يجري على ثبوت القسمة في المقار الذي يقبل القسمة بالبيعة ، وان كان لا يقبلها بحسب استعماله ، دون المقار الذي لا يقبل القسمة بالبيعة ، اي ان العمل يجري بقول ابن القاسم ، دون قول الاصم . ذلك .

وقد نقل الحنفية بانه ما يلي : في التوزيع عن صاحب الخبرة ، ان تقييد القسمة بما يتقسم سواء المشهور ، وان صاحب المدين ذكر ان به القضاء ، وهو قول ابن القاسم (4) .

ونفهم من هذا ان المراد بما يتقسم : المقار الذي يقبل القسمة بالبيعة ، ولو كان لا يقبل القسمة بحسب استعماله . لان هذا هو قول ابن القاسم .

وعكذا ينبغي لنا ان الطائفة يسرون على ثبوت القسمة في المقار الذي يقبل القسمة بالبيعة ، ولو كان لا يقبلها بحسب ما اعد له ، وانهم يرون ان المقار الذي لا يقبل القسمة بحسب بابيته لا يقسم فيه .

النقطة الثانية : القسمة في التار والزرع .

نتكلم على القسمة في التار ثم على القسمة في الزرع .

اولا : القسمة في التار .

نشير اولا الى ان الحنفية يرون ان القسمة في التار ابداء . لان القسمة عندهم لا تثبت الا في المقار .

ويرى الشافعية ان التار اذا كان مؤبرة ، فله قسمة فيها ولو بيعت مع الارض والاشجار ،

(1 و 2 و 3) بنانسي 173/6 .

(4) بنانسي 173/6 .

أما إذا كانت غير مؤبرة فالأصح أنها تتبع الأرض والشجر في ثبوت الشفعة ، لأنما قد خسل في البيع الواقع على الأرض وما عليها (1) .

أما أمام مالك ، فإنه يرى أن الشفعة كما ثبتت في العقار على حسب ما تقدم ، ثبتت أيضا في توابع العقار ، من ثمار وزرع .

وأحتج مالك لثبوت الشفعة فيما يتبع العقار ، بالقياس على العقار ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة قد شرعت في العقار لرفع الضرر عن الشركاء ، وإذا كان هذا الضرر موجودا في بيع الثمار أيضا ، بمعنى أنه عند ما يبيع أحد الشركاء في الثمار نصيبه منها ، فإن الشركاء الآخرين يضطرون من هذا الشريك الجديد ، فلهذا ينبغي إعطاء الحق لهؤلاء الشركاء في شفعة تلك الثمار التي باعها شريكهم .

ومعد هذه الإشارة الخفيفة إلى آراء الفقهاء حول الشفعة في الثمار ، نتكلم على أحكام الشفعة في الثمار حسب المذهب المالكي .

ونذكر أولا أن المالكية يرون أن الثمار إذا بيعت بعد نزعها فلا شفعة فيها ، سواء بيعت بعد قطعها وانفصالها عن أصولها ، أو بيعت على أصولها من شجرها وأرض مادامت قد استغنت عن أصولها بحيث لم يبق أية فائدة من بقائها في أصولها . وذلك تبعا للقاعدة التي تقول : كل ما يبيع من الثمار بعد طيبه فلا شفعة فيه ولا جائحة . كما في المدونة (2) .

أما إذا بيعت قبل نزعها ، فاما أن يبيعا مع العقار ، واما أن يبيع الشريك نصيبه في الثمار دون نصيبه في العقار .

أ إذا بيعت الثمار مع العقار . فإن الحكم من حيث ثبوت الشفعة في الثمار يختلف بحسب ما يلي :

أولا - إذا باع الشريك نصيبه في العقار ، وكان هذا العقار يحتوي على أشجار لسهم تسمى رسوم أو اشترت ولم تسوئ (3) . فإن الحكم يختلف بحسب الحالات الآتية :

(1) إذا استعمل الشريك حق الشفعة قبل إبار الثمار ، فإنه يأخذ تلك الثمار مع العقار المشفوع ، ولا يحق للمشفوع منه أن يطالبه بما يمكن أن يكون قد اتفق عليه على تلك الثمار من سقي ومخرج ونحوهما ، لأن عمله هذا لم يضر له أي أثر حين الشفعة .

(2) إذا استعمل الشريك حق الشفعة بعد إبار الثمار ، أو بعد زهرها . فإن الشفع يأخذ تلك الثمار أيضا مع العقار المشفوع ، ولكنه يلزم بأن يؤتي للمشفوع زيادة على الثمن الذي اشترى به العقار - ما صرفه على تلك الثمار من سقي ، ومخرج

(1) فتح المميز 368/11 .

(2) المهدي الوزاني على التحفة 472/3 .

(3) الإبار في النخل تعليق طالع الذكر على الأنثى . وفي غيره من الأشجار بروز الثمرة من أصلها وسقوط أوراق زهرها .

وغيرهما ، وتعتبر هذه المماريف أيضا في نسبة الشفعة يلزم بإدائه للمشتري ، ولو زاد مبلغه على ثمن تلك الثمار ، ويصدق المشتري في المبلغ الذي يدعي أنه صرفه على تلك الثمار (1) ، إلا إذا تبين كذبه (2) .

ونشير إلى أن أخذ الشريك الثمار في الحالتين السابقتين مع العقار المشفوع ليس من باب الشفعة وإنما هم من باب الاستحقاق ، أي أن الشريك قد استحق تلك الثمار عند ما شفع النصيب من العقار الذي يحتوي على تلك الثمار ، ولم يشفع تلك الثمار ، لأنها لم تكن موجودة عند البيع ، ولذلك لم يكن لها مقابل من الثمن (3) .

(3) إذا لم يمارس الشريك حق الشفعة إلا بعد أن يست الثمار أوجدت ، فإن المشتري هو الذي يأخذ تلك الثمار ، ولا يستحقها الشفعة ، كما أن الشفعة يلزم بإداء جميع الثمن الذي أداه المشفوع منه بمناسبة شرائه للعقار المشفوع ، ولا يحسب عنه ما يقابل الثمار التي أخذها ، لأن تلك الثمار لم تكن موجودة عند البيع (4) ، ولذلك لم يكن لها مقابل من الثمن .

ثانياً : إذا باع الشريك نصيبه من العقار ، وكان هذا العقار يحتوي على أشجار بها ثمر موجود ومؤبر حين البيع ، أو باع نصيباً من أرض وفيها ثمر موجود ومؤبر من قشاة ونايح وغيره . سواء كانت هذه الثمار حين البيع قد ازهت ، أو كانت في طريق النضج ، ثم استعمل الشريك حق الشفعة ، فهل يحق له أن يأخذ تلك الثمار بالشفعة تبعاً للعقار ، أو لا يستحق ذلك ، وجده في هذا المندو رايمان .

الراي الأول : يرى ابن القاسم ، أن للشريك أن يشفع تلك الثمار التي بيعت مع أصلها في هذه الحالة . وهذا هو القول المشهور في المذهب المالكي . بالرغم من أنه من جنسي على الراي الضعيف الذي يرى أن الشفعة استحقاق لا بيع (5) ، ولا غرابة في أن ينسب قيل مشهور على راي ضعيف .

ولكننا نشير إلى أن الشفعة لا يستحق أن يشفع الشفيع في هذه الحالة إلا إذا مارس الشفعة قبل بيع الثمرة ، وقبل جذها . فحينئذ يستحق أن يشفع الثمرة أيضاً ، ويلزمه أن يؤدى للمشفوع منه ما صرفه عليها من سقي ، وعلاج ، ولو زاد على ثمن الثمرة .

أما إذا لم يمارس الشفعة إلا بعد بيع الثمرة أو جذها فلا يأخذها الشفيع ، يبقى للمشتري ، ولكن يحط عن الشفعة . عند ما يشفع الأصل . ما يقابل ثمن تلك الثمار ، مما دفعه للمشتري عند شرائه للأصل بما يحتوي عليه من الثمر المؤبر .

(1) تمولي 103/2 .

(2) بناتسي 178/6 .

(3) بناتسي 177/6 .

(4) أو كانت موجودة ولكنها ما دامت غير مؤبرة فكانت غير موجودة .

(5) الراي المشهور في المذهب المالكي أن الشفعة بيع ، وليست استحقاقاً .

الراي الثاني : يرى اشعيب انه ليس شريك ان يشفع تلك الثمار ، وانما يستحق شفعة العقار فقط . وذلك بناء على ان الشفعة بيع ، اي ان المشفوع منه يعتبر كأنه قد باع العقار للمشفوع ، وهناك قاعدة تنص على ان من باع عقارا فيه ثمر قد ابره فان عقده البيع لا يتنازل تلك الثمار ، وانما تبقى للبائع ، وانما وقع التنصيص على ان البيع يشمل الثمار ايضا . وقد وردت هذه القاعدة في حديث رواه البخاري وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم : (من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطه المتاع) .

تب - اذا باع الشريك نصيبه من الثمار وحدها دون ان يبيع نصيبه من العقار التي توجد فيه تلك الثمار .

روى عن مالك روايتان حول الشفعة في الثمار اذا باع الشريك نصيبه فيها من غرس ان يبيع نصيبه في العقار .

الرواية الاولى : رواية ابن الصوار عن ابن الساجون ، ان الثمار لا شفعة فيها . وحكاها القاضي ابو محمد عن مالك .

الرواية الثانية : رواية ابن ابي اسلم واشعيب ومثلهما اصحاب مالك ، وهسي الرواية المشهورة عنه ، والمثبتة في المدونة ، والمعتبرة ، ان للشريك الحق في ان يشفع الثمار التي باعها شريكه وحدها .

وابتات الشفعة في الثمار ، بعد من المسائل التي انفرد بها مالك عن باقي العلماء الذين سبقوه ، وفي ذلك يقول الامام مالك : ما علمت من قاله قبلي (1) . وهذا الحكم مؤسس على ما سماه الامام مالك بالامتحان .

وقد ذكر اشعيب ان ثبت الشفعة في الثمار يؤسر على كون الثمار تشبه الارض في كونها تقسم بالحدود ، كما تقسم الارض . وكن الباجي على ذلك بقوله : يريد والله اعلم انما قسمت في النخل قبل الجذ لا تخذف اغراسها (2) . اي ان الثمار اذا كانت في الاشجار ، و اراد الشركاء فيها قسمتها . فانهم يقسمونها بالحدود ، بحيث يعمنون لكل شريك منهم عدها من الاشجار لياخذ نصيبه في الثمار منها ليستعمله لنفسه الذي يريد تحقيقه منها . اما ان يقطعها ويأكلها ، او يبيعها او يتركها الى ان تبين ب اشجارها ليدخرها ، او غير ذلك من الاغراض .

واصحاب هذا الراي يوجبون الشفعة في كل انواع الثمار سواء كانت صيفية ، او خريفية ، وسواء نت تدخر كالتمر والزيتون ، ولا تدخر كالرمان والفاقي . ولذلك يقول ابن القاسم عن مالك ، وفي سره المذهب الشفعة وفي الزيتون الشفعة (3) . وقد جرى النخل بهذا القول فتسرة اولى . وفيه ما يقول المكناسي في مبالسه : والذي جرى به المصلح في الشفعة (4) في المدخر وغيره ، وسه

المعيار للنشر في 58/8 ورد في المدونة ان مالكاً كان يقول : انطشي ما علمتانه قال في الشرح واحد من اهل سم قبلي ان فيها الشفعة . ولكنه شي استحسنه ورايته فاري ان يعمل به . المدونة 222/4 .

271/6 .

58/8 .

محمد بن الوزاني 473/3 .

ولكنهم يرون ان الشفعة لا تثبت في الشار ٤٩ اذا توفرت الشروط الآتية:

(1) ان يكون الاصل الذي فيه تلك الشار مباحا للشركاء ، او موجودا تحت ايديهم اما بمساقاة ، ام حبس (1) ، او غيرهما .

(2) ان يبيع الشريك نصيبه من الشار قبل ان يحس ، اما اذا باعها بعد البيع فلا يستحق شريكه الشفعة فيها ، نعم يرى المالكية ان الشريك اولي بتلك الشار التي يريد شريكه بيعها بنفس الشمن الذي حدد بين الشمنين مادام لم ينهزم البيع ، اما اذا انهم البيع فلا حق للشريك في ذلك .

والقصد باليمن ان لا يثق هناك اية مصلحة في بقاءها في اصلها . وليس المقصود به ان يحضر وقت قطعها ، انه قد يحضر ذلك ان يثق ، ومع ذلك يكون في بقاءها في اصلها مزيد منفعة ، وذلك كالحطب (2) .

وانما اشتمت الشفعة في الشار اذا باعها الشريك بعد بيعها ، لان الشار اذا بيعت ، فانها تعتبر كأنها قد انصلت عن اصلها واصبحت لاهلها بالمعقار ، وفي هذا يقول عبد الحق : اذا بيعت (اي الشار) واشتمت من الاصل فاشبهه بالوجع ، وزايلت الاصل ، واما اذا لم تبس نفسي غير مستقيمة من الاصل فلهما حكم الاصل (3) .

(3) ان يطلب الشريك الشفعة قبل ان تبس ايضا ، اما اذا لم يطلب الشريك الشفعة الا بعد ان تبس الشار ، فلا شفعة له ، لان تبس الشار عند المشتري يفوتها على الشفع ، ويصبح المشتري مستحقا لها (4) .

(4) ان لا يريد الشريك شفعتها لاجل ان يبيعها . فان اراده ذلك لم يكن لسه الحق في الشفعة لما سبق لنا من ان الشفعة المقارفة بذلك ، وان لم يرد شفعتها لاجل ان يبيعها فيستحق الشفعة ولا يشره ان يبيع منها البعز ، لان الضرر انما هو ان ينهي الشفعة لاجل ان يبيعها كلها . اما اذا عرض له بعد الشفعة ان يبيع منها شيئا فلا يضر ، لانه كما يبيع البعض من جناته ياكل البعض ، ويصدق بالبعز ويحب البعض ، ويذهب بعياله واصدقائه فياكلون ويصنعون ما يشاؤون (5) .

ونارا الى ان الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء من دخول الشريك الجديد عليهم ، وما ان هذا الضرر موجود في الشركة في المقار ، لانه ياول ويدوم بخلاف المنقول . فلذلك راي المالكية ان الشفعة تثبت في المقار دون المنقول .

(1) المميسار 58/8

(2) بنانسي 177/6

(3) الرهونسي 271/6

(4) نفسه المرجع

(5) المشدي الوزاني 473/3 ، نقلا عن العيسوي وسامي .

وقد رأينا ان الاصام مالكا قال مرة بان الشار التي تباع في اصولها تثبت فيها شفعة ، تشبيها لها بالعقار ، لانها تكون متصلة به . وقال مرة بانه لا شفعة فيها ، لانها ليست بعقار . ولا يطول ضرر الشركة فيها .

وقد عمل علماء فاس على الاستفاضة من الروايتين ، والفصل على تحقيق الضرر السذي ثبتت الشفعة من اجله ، وهذه النفاية فرقوا بين الشار الصيفية والشار الخريفية .

تسميا بثبوت الشفعة في النوع الثاني دون الاول ، ولهذا جرى العمل بفاس على التفصيل التالي :

(1) اذا كانت الشار صيفية فلا شفعة فيها ، لانه لا يطول زمان جذاذهما ، ولذلك لا يضر الشركاء من دخول شريك عليهم في هذه الشار ، لانه سيقطعها فسي تضره وحيدة ، وينقطع اتصالهم به .

(2) اذا كانت الشار خريفية فتثبت فيها الشفعة ، لان جذاذهما وقطعها يستمر مدة طويلة ويتردد المفترى على العقار لاخذ ما نضج منها ، فيدخل على الشركاء مرارا ، وتنتج عن ذلك اضرارهم . ولهذا يمكن من الشفعة لترفع عنهم هذه الاضرار . ويشترط في ثبوت الشفعة في الشار الخريفية الشروط الثلاثة الاولى التي اشترطها الذين يرون ثبوت الشفعة في كل الشار . اما الشرط الرابع وهو ان لا يشفع بقصد ان يبيع الشار كلها ، فقد ذكر التسولي ان الفصل جرى على عدم اشتراطه في ثبوت الشفعة في الشار الخريفية . وفي ذلك يقول : الذي جرى به العمل بفاس ونواحيها ان الشفعة في الشار الخريفية ولو لبيعهما (1) .

وهكذا يتبين لنا ان العمل الذي كان يجري بفاس ونواحيها في العصور الاخيرة هو ثبوت الشفعة في الشار الخريفية دون الصيفية ، وهذا يمكننا ان نقول : ان هذا العمل قد نسخ العمل الذي كان يجري بين المالكية من ثبوت الشفعة في كل انواع الشار من صيفية وخريفية .

ولا شك في ان علماء فاس ارادوا بهذا التفريق بين الشار الصيفية والخريفية ، وان يطبقوا القاعدة الاصولية التي تقول ان الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، فيما ان الشار الصيفية تقطف في مرة او مرتين ولا تطول في اصولها ، فلذلك يكون ضرر الشريك الجديد يسيرا لا يستوجب ان يمنع من يده ما اشتراه . بخلاف الشار الخريفية ، فانها تطول ويحتاج قطعها كلها الى مدة ، فيضرر الشركاء من كثرة دخول الشريك الجديد عليهم . ولذلك يحاط بهم لهم الحق في شفعة ما اشتراه ليرفع عنهم ضرره .

ونشير الى ان بعض المتأخرين من علماء فاس قد الحقوا ببعض الشار الصيفية بالشار الخريفية ، فانوا فيها بالشفعة ، نظرا لطول زمان وجودها ، فقد اقتضى العلامة المهدي المزاني بثبوت الشفعة في البرتقال بالرغم من كونه ليس ثمرة خريفية ، وانه مثل الشار الصيفية

لا بد من هـ ولكنه يشبه الثمار الخريفية من حيث ان زمان وجوده يطول ستة اشهر . ونسبي
 ذلك لقول : افقيت غير مصرة بوجوب الشفعة في التشيين بعد المشاورة مع من يوشق
 به نفسه ودينه هـ والله اعلم (1) . ولذنه اشترط ان لا يقصد الشريك شفخته للبيع
 الا لشخص الشفعة فيه هـ اما اذا لم يقصد البيع فتثبت له الشفعة ولو عر له بعد ذلك
 ان يبيعها (2) . ولكننا نشير الى ان العلامة التسولي نسري على ان الفصل جسي على
 ثبوت الشفعة في الثمار ولو اراد الشريك شفخته لبيعها هـ ولذلك ينبغي ان يسري هذا الحكم
 حتى على يرتقال الذي يشبه القطار الخريفية .

مذكرا خيرا ان الشركاء في الثمار فقط يستحقون الشفعة فيما اذا باع بعضهم
 نصيبه في تلك الثمار فلو فرضنا ان شخصين او اكثر يشتركون في ملك ثمار هـ دون ان يكونوا
 مالكين نفقار او الاشجار التي توجد فيها تلك الثمار هـ كما اذا كان الاصل محبسا وكما
 اذا وعت اثمار عليهم هـ او اشتروها هـ ام ملكوها بمساواة هـ ثم باع احدهم نصيبه من
 تلك الثمار بعد بدو صلاحها وقبل بيعها هـ فان للباقي ان يشفحتها قبل بيعها
 اما اذا لم يال بالشفقة الا بعد بيعها فلا يستجاب لطلبه هـ لما سبق ان ذكرنا من
 ان يسري الثمار يقوم مقام انفصالها عن اصلها (3) .

شاعيا الشفعة في الزرع .

يجري الفصل في المادة عندما تكون الارض المألحة للزراعة مشتركة بين
 شخصين او اكثر ان يقتسمها الشركاء فيما بينهم قسمة استغلالية هـ يختص بمقتضاها
 كل شريك بجزء منها ليستغلها اذا باع احد الشركاء نصيبه من الارض على انه شائع (4)
 فان لباقي الشركاء ان يالوا بالشفقة فيما باعه شريكهم المذكور هـ ولا تكون القسمة
 الاستغلالية مانعة لهم من الشفعة هـ ولكن يحق لنا ان نساءل عما يمكن ان يكون
 في ذلك التحيب المبيع من زرع هـ هل تثبت فيه الشفعة اولا .

أما يرى الشافعية ان الشخص اذا باع شقصا فيه زرع هـ فال كان لا يجزئ مراراه
 واثنان على ادخاله في عقد البيع فلا شفعة فيه هـ وانما ياخذ الشقص وحده
 بما يتايل من الثمن هـ وان كان مما يجزئ مرارا فان الجذوة اللاحقة حين البيع
 لا شفعة فيها لانها تعتبر مثل الثمار المؤبيرة (5) .

(1) المصنف الحوزاني 473/3 .

(2) نفس المصدر .

(3) التسولي 104/2 ونصيد الى الذاكرة ان المراد بالبيع وصولها الى الحالة التي لا تبقى معها
 اية فائدة من بقائها في اصلها .

(4) من المعلوم انه سيباع نصيبه في الارض على انه شائع لا مفرز هـ وان كان المشتري ينزل منزله في التصرف
 فيما كان البائع يتصرف فيه الى انقضاء المدة التي حددت للقسمة الاستغلالية . لان هذه القسمة
 لا تنفسخ بالبيع لانها كالأجارة والكراء . الرضوي 272/6 .

(5) فتح العزيز 368/11 .

ب- اما الملكية فيرون انه يجب ان نفرق بين حالتين :

الحالة الاولى : اذا كان الشريك البائع هو الذي زرع ذلك الزرع ، ثم باع الارض بما فيها عند ما كان الزرع اخضره او بعد يسمه ، ففي هذه الحالة لا يستحق الشفيع الا شفعة الارض وحدها ولا يستحق شفعة الزرع ، وانما يبقى للمشفوع منه ، مقابل ما ينوبه من الثمن الذي وقع به البيع ، بحيث يحسط على الشفيع ذلك الجزء من الثمن الذي يقابل ذلك الزرع .

الحالة الثانية : اذا كان المشتري هو الذي بذر ذلك الزرع ، كما اذا باع الشريك نصيبه من الارض قبل ان يبذرها ، ثم يبذرها المشتري ، ثم طالب الشريك بالشفعة .
أ- اذا طالب الشريك بالشفعة قبل ان ينبت ذلك الزرع ، فانه ياخذ الارض بما فيها من الزرع ، ويؤديه للمشفوع منه . زيادة على ثمن الشراء - قيمة ذلك الزرع على الرجاء والخوف ، بحيث يقسم ذلك الزرع على اساس احتمال صلاحه وفساده ، ويؤديه الشفيع ما قوم به على هذا الاساس .

ب- اذا طالب الشريك بالشفعة بعد ما نبت الزرع ، فانه ياخذ الارض وحدها ويبقى الزرع للمشتري ⁽¹⁾ تبعا لما تقتضي به القاعدة من ان الزرع اذا ابره لا يدخل مبيع الارض عند ما يبيعها . وقد عرفنا ان الشفعة تعتبر بيعا للنصيب الذي اشتراه المشفوع منه ، فلا يتناول هذا البيع الزرع المؤبر ⁽²⁾ ، وانما يبقى للمشفوع منه .

النقطة الثالثة : الشفعة في الكراء .

يمكن تقسيم الكراء الى نوعين . كراء عادي ، وهو الذي لا يتفق فيه الطرفان على ان يكون الكراء مؤبدا . كمان يتفق الطرفان على ان يكون الكراء لمدة شهر او سنة او لمدة غير معينة مع بقاء الحق لكل واحد من الطرفين في انهاء العلاقة الكرائية .

وكراء مؤبد وهو الذي يتفق فيه الطرفان على ان يبقى المكتري في العقار المكتري مادام يؤديه الكراء من غير ان يكون للمكري أي حق في انهاء هذه العلاقة الكرائية واسترداد العقار المكتري . وهذا النوع هو ما يسمي في الفقه بالجلسة والجزاء .

وستنكلم على حكم الشفعة في كل من هذين النوعين :

أولا : الشفعة في الكراء العادي .

نقسم الشفعة في الكراء في اربع صور .

الاولى : ان يكون الشخص عقال ، ثم يكتري نصفه مشاعا لشخص ، ثم يكتري هذا المكتري ذلك النصف لشخص آخر ⁽³⁾ . فهل يحق لرب العقار ان يشفع ذلك الكراء ويحصل المكتري الثاني

(1) الزرقاني 179/6 .

(2) ابار الزرع نباته كما ذكره الزرقاني 179/5 .

(3) شرح الممثل الثاني 266 .

الثانية : ان يكتري شخصان (او اكثر) دارا ، ثم يكرى احدهما حصته لشخص
ثالث . فهل يحق للشريك ان يشفع هذا الكراء ، وان يحل محل المكتري الثاني ؟
الثالثة : ان تكون دار مشتركة بين شخصين (او اكثر) ، فيكرى احدهما نصيبه
لشخص ، فهل يحق للشريك في الدار ان يشفع ذلك الكراء ، بحيث يصبح هو المكتسري
لحصته شريكه .

وجسد في هذا الصدد القولان الاتيان :

القول الاول : لاشفعية في الكراء في الصور المذكورة . وهذا هو مذهب المدونة
عليه اقتصر الشيخ خليل ، وهو الممتنع (1) ، ومه قال ابن القاسم ، والمغيرة ، وابي
الناجشون ، وقال ابن فتحون ان به القضاء (2) . وقال ابن ناجي ، انه هو المشهور (3) .
وقد علل ابن عبد السلام عدم ثبوت الشفعية في الكراء بان الضرر الذي يلحق الشركاء
في الكراء اقل من الضرر الذي يلحق الشركاء في المليك (4) .
كما ان المفسد الى فرق بين الثمار والكراء . فذكر انه وان كان كل من الكراء والثمار
غلة ، وذلك يستوجب ثبوت الشفعية في الكراء ، كما ثبتت في الثمار ، الا ان هناك فرقا بينهما ،
وهو ان الثمار لها وجود في الميان ، بحيث ترى وتلمس ، ولها نموي الابدان ، بحيث تستمد
نموها من اصولها التي هي الاشجار ، ولذلك عدت كائنا جزأ من تلك الاشجار ، واعطيت
حكم تلك الاصول ، بخلاف الكراء فليس لها وجود في الميان ، ولا نمو في الابدان (5) . فلذلك
لم تعط حكم المقار ، فلم تثبت فيها الشفعية .

القول الثاني : ان الكراء فيه الشفعية في الصور الثموت . وهذا قال اللخمي ، واشد به
ومارف ، واصبح ، وروى عن ابن القاسم ايضا ، وبه الحكم في الاندلس والمغرب (6) . وذكر الشارح
والنقائس انه هو القول المشهور (7) .

الرابعة : ان يكون لشخص نصيب شائع في عقار ، فيكرى ذلك النصيب لشخص اخر ،
ثم يبيعه لذلك المكتسري او لغيره . فان للشريك في العقار الحق في شفعية الكراء ، كما يحق
له ان يشفع البيع . وهذه الصورة لا خلاف في ثبوت شفعية الكراء فيها (8) .

(1) الزرقاني 171/6 سي

(2) التسلو 111/2 سي

(3) الحط 311/5 سب

(4) الحط 312/5 سب

(5) الحط 313/5 سب

(6) النسي 112/2 ولي

(7) الزرقاني 171/6 سي

(8) شرح العمل القاسي 266 نقلا عن مجالس المكناسي .

مذكر الزرقاني ان الشفعة في الكراء لا تثبت الا اذا توفر شرطان الاتيان :-

(1) ان يكون العقار المكتوى مما ينقسم (1).

(2) ان يشفع ليسكن بنفسه

وقد جرى العمل بافريقية (تونس وليبيا) على ثبوت شفعة في الكراء بدون هذين الشرطين ، وفي ذلك يقول ابن ناجي : وليس العمل عليهما اي شرطين عندنا بافريقية .
وقال ايضا : العمل عندنا بافريقية على التكوين من الشفعة غير شرط اصلا (3) .
اما في فاس فقد جرى العمل بثبوت الشفعة في الكراء بشرط واحد فقط ، وهو ان يشفع ليسكن الشفيع ما يمكن من دار ، او ليسكن فيما ينصل فيه من رحى وحانوت وغيرهما .

وقد صرح اللخمي بهذا الشرط ، ونصر صاحب المجالس ، وفيها ق في لاميته ، والشيخ المنجور على ذلك (4) . كما ان ابا الحسن قال عندما ذكر هذا الشرط : ولا اظن احدا يخالف في هذا التفسير (5) .

وعلى العلامة المهدي الزقاني على قول ابن ناجي المنار الذي يقوله : واما ما قاله ابن ناجي فخاص بافريقية ، كما قاله شوبفسه ، ومن المعلوم ان عمل فاس لا يتبع افريقية بل الاندلس (6) . وهذا يفيد ان العمل بجري فاس باشتراط ان يسكن الشفيع بنفسه ، والا فلا حق له في الشفعة في الكراء .

ولكن هذا يخالف ما علق به العلامة التولي على قول ابن ناجي الذي صرح فيه بان العمل بجري بافريقية على التكوين من الشفعة في الكراء بدون شرط ، بقوله : قلت : وهو ظاهر ما يفعله الناس اليوم ، فانهم لا يلتفتون الى الشرط المذكور (7) .
غير اننا نرى ان كون الناس لا يلتفتون الى الشرط المذكور لا يعني انه لا يشترط ذلك الشرط ، وانه اذا قام المشفوع منه ليطلب بالحكم بمقوت شفعة الشريك السني شفيع منه الكراء لانه ليس يستعمل ما شفعه لنفسه ، واما اكراه للتفسير ، واثبت ذلك ،

(1) ورد في الزقاني هذا الشرط بهذه العبارة : ان يكون مما لا ينقسم . ولكن الشيخ بناني ذكر ان ذلك تحريف وان المواب هو ان يكون مما ينقسم . بناني 171/6 .

(2) بناني 171/6

(3) التمس ولو 113/2

(4) بناني 171//6

(5) المهدي الزقاني 470/3

(6) نفس المصدر السابق .

(7) التمس ولو 113/2

انه لا يحكم له بسقوط تلك الشفعة ، وانما يعني ان الناس لا يقومون مثل هذا الطلب ، ولا يتشعرون الشريك الذي يشفع من يدهم الكراء ، ليتحققوا مما اذا اتصل ذلك الشيء المشفوع لنفسه فيقرر له الحق في الشفعة ، وانه الكراء للغير فيقومون بحسب حقهم فسي اسقاط شفخته ، وارجاع الشيء المشفوع اليهم ، وذلك زهدا منهم في تلك الشيء المشفوع ، وتخلصا من رفع الدعوى وما تجسره من اجراءات ومصاريف ، خصوصا وان المشفوع من يده يسرى انه حتى لم يعلل اليه ذلك النصب الذي كان اكراء ، فانه لن يستمر له بيئته مدة طويلة ، كما يكون ذلك في الشراء ، لان الكراء في الغاية قصير الاصل ، وينتهي على هذا انه لم يبق المشفوع عليه بعد هذه الدعوى لحكم له على التخلي عن الشيء المشفوع اليه اذا اثبت ان المشفوع لم يحتفظه بنفسه .

ويظهر ان هذا هو السر في تسمية الشيخ المتولي بقوله : وهو ظاهر ما يفعله الناس اليوم ، فانهم لا يلتفتون الى الشرط المذكور ، اذ تعلم عنه انه لا يجري بان الممثل يجري بمقدم اشتراط هذا الشرط ، وانما يجري على ان الناس لا يتصكون به .

ومن هنا يتبين لنا ان شفعة الكراء يمكن الحكم بسقوطها اذا اثبت المشفوع منه بعد الحكم عليه بالشفعة ، ان الشفع لم يحترم هذا الشرط ، وانه اكرى للغير مالا شفعه منه ، بمجرد الحكم له بالشفعة .

ثانيا : الشفعة في الكراء المؤبد .

ذكرنا ان الكراء المؤبد ، هو المعروف عند المالكية بالجلسة والجزاء . والمراد بالجلسة : ان يكتري العقار - مثل الدكان ، والرحس ، والفرن ، والحمام ، والفندق - لمن يستغله . ويتفق الطرفان على ان الكراء يستمر لمدة عشرين سنة ، ويتفقان على ان مدة الكراء غير محدودة . ويسمى هذا الكراء عند الصريين بالخلوة .

اما الجزاء فهو ان تكرى الارض الخالية لمن ينشئ فيها او يترشحها ، ويتفق الطرفان على ان المكتري يبقى فيها دائما ولا يطالب بافراجها . وانما يلزم بان يؤدى كراء المثل كليا تنسرت الظروف . ويسمى هذا النوع من الكراء عند الصريين بالحكر والاحكار . ولا ينتهي الكراء في الجلسة والجزاء بموت الكرى او المكترى ، وتنتهي مدة الطرفيين على ان المكترى لا يمكن ان يخرج الا برضاه وبغيبته ، كما ان هذا المكترى يلزمه ان يؤدى الكراء المتفق عليه ، سواء استعمل الارض المكتراة او عطلها . واذا فرط المكترى في البناء او النحر الذي اقامه على تلك الارض الى ان اندثر ولم يبق له اثر فينتهي حينئذ عقد الكراء ، ولا يبقى له اي حق في الارض .

وثالثا ما يكون المقار موضع الجلسة والجزاء محبسا ، او ارضا مخزنية يكرهها ناظر الحبس او القائم على الارض المخزنية " الاملاك المخزنية " لمن يستغلها بصفة دائمة فيصبح هذا المكترى مالكا لمنتهزا ، ويكون له الحق في ان يولي للغير حقوق الانتفاع بذلك المقار ، اما عن طريق الكراء او البيع او الاعارة او غير ذلك . كما يبقى لصاحب المقار

بإقامة الحال الحق في التصرف في عقاره بالبيع أو غيره - وإن كان ذلك التصرف لا ينقل للمالك الجديد إلا الرقبة ، دون الشفعة التي تبقى مستوى .
ثم إن البناء الذي يقيمه المالك في الأرض التي حقه فيها حق الجزاء يسمى بالزينة .

كما تعلق الزينة على ما يجنيه المالك من عروق والخزائن وغيرها مما يتوقف عليه في تسييره ، واستغلاله .

ولباس من الإشارة إلى أن هذه الحقوق الثلاثة ، الشفعة والجزاء والزينة ، قد تكون مجموعة كلها لشخص ، وقد تكون موزعة ، فتكون الشفعة لشخص أو أشخاص ، والجزاء لشخص أو أشخاص آخرين ، والزينة لشخص ثالث . وذلك كما لو فرضنا أن شخصا أكثرى أرضا كبراء أو لا ، يعني فيها فأصبح بذلك مالكاً لحق الجزاء ، ثم اكراهها لشخص بأكثر مما اكراهها عم (1) ، فبقي فيها عدا الشخص دكانا ثم اكراه بدوره لمن قام بتجهيزه بالرفوف والخزائن .

والتساؤل عن الشفعة في الجلسة والجزاء ، والزينة يتصور فيما إذا باع صاحب الأرض أرضه ، فهل للمكترى صاحب الجلسة ، أو الجزاء ، أو الزينة الحق في الشفعة أم لا . وكذلك المكس ، أي إذا باع المكترى أو اكترى للخير حقه في الكراء ، أو ما أقامه على الأرض من بناء أو غرس فهل لأصاحب الأرض الشفعة أولاً . ثم إذا تعدد أصحاب الجلسة أو الجزاء ، وما أحدهم نصيبه فمن يحسن له أن يشفع ، تسلسل شركاؤه في الجلسة فقط أم لأصاحب الأرض فقط ، أو كليهما .

أولاً : إذا باع صاحب الأرض أرضه فلا حق لأصاحب الزينة أو الجلسة أو الجزاء في أن يشفع ذلك ، لأنه مجرد مكترى يملك شفعة العقار فقط وليس شريكاً في الأرض ، ومن المعروف أن الشفعة إنما تثبت للشريك في رتبة العقار . ويكفي أن نسوق كلام المهلب الوزاني في هذا الموضوع : « لأن المصالح البائني في شفعة الأرض المذكورة من الأمور الاشعبية ، لأنه غير شريك فيها ، وكل من لا شركة له في الأرض لا شفعة له فيها . إذا بيعت ولو كان مالكا لمفعتها ، ولا يلزم من اكترى أرضاً بيعت رقبتهما أنه يشفعهما » . ولا قائل به (2) .

ثانياً : إذا باع المكترى صاحب الجلسة أو الجزاء أو الزينة حقه في الكراء ، أو اكراه للخير ، فلاحق لأصاحب الأرض في شفعة ذلك ، لأنه ليس شريكاً مع المكترى . وفي ذلك يقول الزرقاني : « ولا شفعة لأصاحب الأرض في البناء » (3) .

ولا يتعارض هذا مع ما سبق من أن من بنى في أرض الغير ثم باع بناءه للخير ، فليس له أن يملك الأرض أن يأخذ ذلك البناء في الحالين الاتيين :

(1) الفرق الذي بين ما يؤيده صاحب الرسالة لرب العقار وبين ما يأخذه من المكترى الثاني يسمى في المصنف بالقبض .

(2) المصنف الوزاني في 457/3 .
(3) الزرقاني في 177/6 . (4) انظر صفحة 41

أ - إذا اتفق البائع مع المشتري على أن يخدم ذلك البلاء ويأخذ المشتري انفاذه
ب - إذا وقع البيع قبل انتهاء المدة التي تدار الأرض خلالها في المادة ، واتفق
الطرفان على أن يبقى البناء قائماً إلى أن تنتهي المدة .

لأن ذلك ليس من باب الشفعة ، وإنما هو من باب الاستحقاق كما بينا ، ثم
أنه خاص بما إذا كانت الأرض قد أقيمت لمدة محددة بالنسبة أو بالمادة . وقد عرفنا
أن الكراء في الجلسة والجزاء يكون لمدة غير محددة ، بحيث لا يجوز لصاحب الأرض أن
يطلب الكثرى بأفراغ الأرض .

ثالثاً : إذا تعدد الشركاء في الجلسة أو الهيئة أو الجزء ، جاء بعضهم نصيبه فسي
ذلك أو كراه للغير فهل يكون للشريك حق الشفعة أولاً :

(1) يرى الشافعية أن الأرض المشتركة أو المشتركة لمن على فيها باجبرة معلومة ،
إذا كان شخصان أو أكثر يملكان ذلك البناء القائم على تلك الأرض ، جاء أحدهما نصيبه
من البناء ، لم يثبت لشريكه فيه شفعة لعدم ملك الأرض (2) .

(2) أما الحنفية فقد اختلفت آراءهم في الموضوع . فقد ذكر أبو السعود الحنفي
أن البناء إذا كان في أرض مشتركة فإن من حق صاحب البناء إذا سقط بناؤه أن يعيد هذا البناء
ولا يملك صاحب الأرض الحق في أن يطلب من صاحب البناء إزالة بناءه ، وإنما يحسب
له الب الحكر (أي الاجر) فإن ذلك البناء يكون ملحقاً بالمقار فلا شفعة حينئذ في ثبوت
حق الشفعة فيه . وكل من أفتى بعدم الشفعة فيه فقد أخطأ لأنه لا سند له ،
بما كشف ما إذا كان صاحب البناء لا يملك حق إقرار بترت إذا سقط بناؤه فلا حق له
في إعادته . فإنه لا شفعة فيه . ولكن المذمومة عند الك الجعراي علق عليه بأن من أفتى
بعدم الشفعة في الحكرة لم يخطئ لأنه هو الممتنع عند الحنفية وأن المخطئ هو أبو
السعود (2) .

(3) وكذلك الأمر بالنسبة للملكية حيث نجد قسمين مختلفين من حصول ثبوت الشفعة
لشريك في الجلسة اختلافاً غير يسير .

ويمكن تلخيص هذه الآراء فيما يلي :

(1) أفتى الشيخ التاودي بأن الذي وقع به الحكم والفتوى أنه لا شفعة للشريك في هذا
الكراء ، ونقل التاودي هذا الحكم عن القاضي برد لسة وأبي عبد الله بن سودة ، وأبي عبد الله
الجعراي . كما نقله المسناوي عن برد لسة .

وقد عللوا عدم استحقاق الشريك في الجلسة (الجزاء) ، بأن الشرط الذي يشترط في
ثبوت الشفعة في الكراء وهو أن يسكن الشفيع بنفسه فيما يشفعه ، لا يكاد يتحقق هنا في الجلسة
في الخالي ، لأن ملاك الجلسة لا يعمرونها في الغالب بأنفسهم ، وإنما يستغلونها بالكراء
للغير .

(1) حاشية الشرفاوي 145/2 وتحفة الجيب 193/3 .

(2) فتاوى الميسر ، 337/3 .

(2) يرى الفقه التسولي أنه يجب أن يثبت حق الشفعة للشريك في الجلسة وأجزاء وأجزاء⁽¹⁾ فيما باعه شريكه أو اكراه من نصيبه في ذلك . وذكر أن ابن رحال والشاذلي⁽²⁾ هما اتفوا بذلك .

وأخرج لذلك بأن الشفعة شرعت لرفع الضر عن الشركاء ، وإذا باع الشريك نصيبه في الجلسة ، أو اكراه شريكه فان ذلك يلحق بالباقي ضررا ، فيجب أن يعطى له⁽³⁾ الحق في الشفعة لرفع ذلك الضرر ، خصوصا وإن هذا الضرر يطول ويستمر ، لما علمنا من أن الكثر في الجلسة والأجزاء والزيادة لا يخرج إلا برضا ، وهذا يستوجب ثبوت الشفعة في هذا النوع من الكراء حتى لو لم تكن الشفعة ثابتة في الكراء المادي ، وما دنا قد ترونا أن الشفعة ثبتت في الكراء المادي فيجب أن تثبت في الكراء الطويل الأمد بالأولس⁽⁴⁾ ولا يخفى .

وهذا أن اتى التسولي بمدة نصوص تدل على ثبوت الشفعة في هذه الأنواع من الكراء رد على إجماع الرأي الآخر ، وانتقد حجتهم التي استندوا إليها في قولهم بعدم ثبوت الشفعة وهي أن الشركاء لا يتغلون ذلك بأنفسهم في الغالب ، بأن هذا التعليل لا يستوجب سقوط الحق في الشفعة .

أ - لأنه لا يجب توفر هذا الشرط على ما جرى به العمل . فقد سبق أن ابن ناجي ذكر أن العمل يصير على تمكن الشريك من الشفعة في الكراء من غير أي شرط . كما أن الشاذلي وابن رحال اتفيا بثبوت الشفعة في الجلسة والأجزاء . وهما متأخران عن القاضي برداسة ، ولو كان العمل يجري بما ذكره برداسة من عدم ثبوت الشفعة فيهما لما خفي عنهما ولقد بدورهما ، بل يتفرد برداسة بنقله .

ب - أنه حتى على فرض أنه يجب توفر هذا الشرط ، فإن هذا لا يعني أنه لا تثبت الشفعة في الجلسة والأجزاء في جميع الحالات ، بل إنما يعني عدم ثبوت الشفعة نيتما إذا دفع الشريك ليكرى أو يبيع ما شفعه ، أما إذا أراد أن يستعمل ذلك بنفسه ، فله موجب حثيث لمنعه من الشفعة .

ج - هذا القول يعتبر تحكما منهم لا يستند إلى أي قول في المذهب ، ذلك أنما حتى إذا تمسكنا على القول الذي يرى أن الشفعة في الكراء لا تثبت إلا إذا كان الشريك يشفع ليعتبر ذلك الشيء المشفوع بنفسه ، فإن ذلك يقتضي أنه مهما توفر هذا الشرط ، ثبت حق الشفعة ، ومهما اختلف فلا شفعة . ولا فرق في ذلك بين الكراء المادي والكراء التأويل الأمد والمؤبد أي الجلسة والأجزاء ، أما إذا قلنا أن الكراء المادي ثبت فيسه الشفعة إذا تحقق الشرط المذكور ، والجلسة والأجزاء لا تثبت فيهما الشفعة ولو تحقق هذا الشرط

(1) تسولي : 114/2 ولم ينسب العلامة التسولي على الزينة ، لكن العلامة المحمدي الوزانسي سوانا بالجلسة حيث قال : أما الزينة المودعة الآن في الحوائث وغيرها فالظاهر أنها كالجلسة لا فرق بينهما : 471/3 .

ثان هذا يعتبر تحكما بقية دليل ، ولا يستند الى قول من اقوال المذهب ، وقد تهر العلماء على ان المصل لابد ان يستند الى قول وليس شاذ ، والا لم يعمل به . وفي الاخير ذكر ان المصل في الكراء ليس على ما نقله بردلة ، بل على ما لابن ناجسي ومن وافقه .

لكن علامة الهندية نحاسي تعرض لكلام التسولي وحاول تفهيد رايه وانتقد انتقادا مراما بناء بقوله : وهو كما ترى عديد . وتتلخص مراده فيما يلي :

- (1) ان كونهم (اي شركاء) لا يستخلفونها بانفسهم بوجوب اسقاط حقهم في الشفعة . لان المصل بناسي جبري على ان الشفعة في الكراء لا تثبت الا بشرط ان يسكن الشفع بنفسه .
- (2) ان ما قاله ابن ناجسي من ان المصل على تكين الشريك من الشفعة بالكراء بدون اي شرط خاصا فريضة ، ومن المعلوم ان عمل فاس لا يتبع الفريضة ، (فالاحتجاج على اثبات المصل بفاس ، بمنصن الفريضة مما يجبه الدافع ، ويشفي على انكاره المقل والسمع) .
- (3) ان الشدادي وابن رحال انما اثبتا بثبوت الشفعة في الجلسة والجزاء ، لانهما ناسا عقدين التزمين على الكراء المعروف ، ولم يعلما على المصل الذي نقله بردلة ، بدليل انهما لم يتعرضا له في فتاوهما بنفي ولا اثبات ، وقد ادخل غيرهما عليه فحكموا به وانقروا به ، ومن حيث حجة على من لم يحفظ .

- (4) لاحجة فيما ذكره من ان الشدادي وابن رحال متأخران عن بردلة فلا يخففس عليهما المصل الذي ذكره بردلة ، لانه يرد بان الشيخ التاهدي ، والشيخ بنانسي ، والشيخ الرهوني متأخرون عن بردلة عن الشدادي وابن رحال ومع ذلك اثبتوا العمل الذي ذكره بردلة . زيادة على ان الشدادي وابن رحال ليسا متأخرين عن بردلة ، بل معاصران له ، لان بردلة توفي سنة 1233 والرحالي توفي سنة 1240 والشدادي سنة 1246 .

ثم استخلص من ذلك قوله : وقوله : " اي التسولي " فليس عملهم في الكراء على ما نقل القاضي بردلة ، بل على ما لابن ناجسي ومن وافقه . هذا غير صحيح ، لان ما لابن ناجسي الشفعية في الكراء بد شرط ، وعمل فاس بشرط ان يسكن بنفسه ، كما ذكره غير واحد من المتأخرين (1) .

ونرى ان الاقرب الى الصواب هو ان نقول ان من يملك الجلسة ، والزينة ، والجزاء ، يعتبر كثيرا للمقار الذي هو موضوع الجلسة وما معدنا ، وقد سبق ان عرفنا ان المصل يجبر في فاس على ثبوت الشفعة للشريك في الكراء ، بشرط ان يشفي ليستعمل انقمار لنفسه ، فيجب ان يثبت للشركاء في الجلسة والجزاء والزينة هذا الحق ايضا ، بنفس الشرط على الاقل . لانهم اولس من الشركاء في الكراء العادي بالشفعة . ولا معنى للقول بعدم ثبوت الشفعة لهؤلاء الشركاء ، خصوصا وان الكراء يكون في هذه الانواع لمدة طويلة او غير محددة .

(1) المهدي الوزانسي 470/3 و 471 .

تتمتع من الشفعة يلحق بحكم ضررا يطول أمده ، ويدوم بدوام مدة الكراء . زيادة على
السبع الشريك لحقه في الجلسة والجزاء والزينة ، يعتبر بمثابة بيع للانقضاء والبنسأة ،
وتحقق علماء المالكية على ثبوت الشفعة في البناء والانقضاء .

فلنأخذ بقول الملازمة التسولي : فالفضل لسولم يجبر بالشفعة في مطلق الكراء ،
ينبغي أن يجري بالشفعة في هذا الكراء الذي هو الجلسة بخصوصه ، لدوام ضرره ، ولما
فوت عن بيع الانقضاء في بيعها ، وبيع الانقضاء والبناء فيه الشفعة اتفاقا (1) .

النقطة الرابعة : الشفعة في المفارسة والسهممة والرهن .

تلك حقوق تحصل بالعتار يكتسبها الانسان عن طريق الاتفاق بينه وبين مالك العقار ،
حيث يبيع الشخص الاجنبي ماله الحق متعلق بمقار معين يملكه شخص او عدة
اشخاص ، ومن هذه الحقوق ما ينشأ عن عقد المفارسة والسهممة والرهن .

فقد رأى المالكية أن الشخص اذا دفع عقاره لشخص على وجه المفارسة فان هذا الشخص
يصبح شريكا لصاحب الارض ، ويحق لكل واحد منهما ان يشفع ما باعه الآخر ضمن
حدوده معينة ، كما ان الشريك اذا دفع نصيبه في عقار لشخص آخر بالسهممة او عن طريق
الرهن فيمكن لباقي الشركاء ان يشفعوا ذلك النصيب ، ويحلوا محل المساهم او الرهنتين
من المفيد ان نفرّد كل واحدة من هذه الوسائل بكلمة تستعرض فيها الاحكام
التي تليق عليها فيما يتصل بالشفعة .

أولا : الشفعة في المفارسة

المفارسة هي ان يتفق مالك الارض مع شخص آخر على ان يتولى هذا الأخير
غرس الارض باشجار معينة ، وان يتمتع ذلك الفرس ، ويتفقا على ان تكون اجرتة على ذلك هي
اجرة من الارض المفروسة كرج او ثلث ، لكنه لا يستحق هذا الجزء الا اذا نجح الفرس واشهرت
اشجار خبثل المدة المتفق عليها بين العارفين ، واذا لم تنجح فانه يستحق شيئا .
ويقضى لمالك الارض الحصى في ان يتصرف بالبيع والهبة وغيرهما من سائر انواع التصرفات
في الارض التي هي موضوع المفارسة ، غير ان ذلك التصرف اذا وقع لا يؤثر على المفسر
الذي يتقضى حقه مطلقا بتلك الارض تجاه المالك الجديد كما كان تجاه المالك القديم .
كما ان للمامل بالمفارسة ان يبيع حقه في الارض عند ما يتم عمله وتنتج مفارسته ،
ويستقر له النصيب المتفق عليه .

الا انه يشترط تساؤل حول ما اذا كان للمامل ان يبيع حقه في الارض قبل ان يتم عمله
وتنتج مفارسته . وقد وجد في هذا العدد رايمان واي يري ان العامل لا يحق له ان يبيع
لن يقبل ان يتم عمله ، لان ملكيته له لم تثبت بعد ، وانما هو حق احتمالي .
ونذا هو القول الذي يجري به العمل كما ذكره سيدي عبد القادر القاسي في اجوبته (2) . والراي الثاني

(1) التسولي
(2) الرعون

يرى أنه يمكن له أن يبيع حقه في الأرض قبل انقضاء عطله لمن يقوم مقامه ويتابع حقه عليه ⁽¹⁾ ولا شك في أنه إنما ينقل إلى المشتري مجرد الحق الاحتالي الذي كان له بحيث لا يصح للمشتري مالكاً ملكية تامة لما اشتراه إلا إذا نجح النقص والعمت الأشجار.
 بهذا يتصور وقوع البيع في الممارسة من المالك للأرض ومن العامل بالممارسة يتساءل عن الشفعة في الممارسة فيما إذا باع صاحب الأرض أرضه أو باع العامل نصيبه.

الحصة الأولى: إذا باع صاحب الأرض أرضه من العامل يستحق الشفعة سواء كان من البيع ثم اتم عطله أو لم يتم لأنه يعتبر شريكاً على الشئاع ما دام يملك الجذر الذي انقضى مع رب الأرض ملكية تامة، إذا كان عطله قد تم أو احتمالية إذا كان لا زال لم يتم عنه حين البيع. إلا أنه في حالة ما إذا باع رب الأرض أرضه قبل أن يتم الممارسة عطله فإن هذا الممارسة لا يحكم له بالشفعة إلا بعد أن يتم عطله، بحيث يقيس حقه في الشفعة بوقوفه إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها في الممارسة، فإن نجح في عطله حكم له بالشفعة، لأنه ليس بغيره كل حين البيع مالكاً، وإن لم تنجح الممارسة لم يحكم له بالشفعة، لأنه حينئذ لم يكن حين البيع مالكاً.

وينبغي على ما ذكرنا من استحقاق العامل للشفعة إذا باع رب الأرض أرضه على الكيفية المذكورة، أنه إذا كانت الأرض مملوكة لعدة أشخاص وقد دفعوها بالممارسة لشخص ثم باع أحدهم نصيبه فيها، فإن ذلك العامل يستحق الشفعة مع الباقي من الشركاء، ما أخذ نصيبه في الشيء المشفوع على قدر نصيبه إذا كان البيع قد وقع بعد اتمام العمل، أما إذا وقع قبل تمام العمل فإن حق العامل في الشفعة يقيس بوقوفه كما ذكرنا ⁽²⁾.

وفي الحالات التي يقيس فيها الحق للعامل في الشفعة بوقوفه إلى انتهاء المدة، يلزم الشريك (واحد أو متعدداً) بأن يشفع جميع ما وقع عليه البيع، ثم إذا استحق العامل الشفعة أخذها من يد ذلك الشريك على قدر ما ينوبه من الجذر المبيع، وإن لم يستحقها بسبب عدم نجاحه في العمل، بقي ذلك النصيب كله بيد الشريك الشفع، فإن طلب الشريك ألغى ومكسبه المشتري من الشفعة على قدر نصيبه، على أن يبقى نصيب العامل موقوفاً عند المشتري المذكور إلى أن تنتهي المدة، ثم إذا فُيه أن يستحق الشفعة أخذها من يد الشريك المشتري، وإذا تبين أنه لا يستحقها أخذها الشريك حينئذ، فلا يرغب المشتري على الاستجابة لهذا الطلب ⁽³⁾ لأن فيه ضرراً عليه، لأن من مصلحته أن يقيس نصيبه الذي الذي اشتراه كله أو يشفع منه كله.

(1) قال ابن رشد في نوازل له في ذلك ولا كلام لصاحب الأرض إذا أدخل غيره مكانه. الدرر النيرة 299

(2) النوازل 110/2

(3) الرهن 299/6

الحالة الثانية : إذا باع المامل نصيبه في الأرض . إذا باع الجزر الذي اتفق عليه مع رب الأرض بعد تطم عطله ، ونجساح مغارسته و . فإن لمالك الأرض الحق في أن يشفع تلك الجزر من شترى ، لأنه شريك مع المامل البائع على الشباع . وإذا كانت تلك الأرض منوكة لعدة أشخاص ، فإنهم يستحقون الشفعة على قدر نصيب كل واحد منهم .

أما إذا باع المامل ذلك الجزر قبل أن يتم عطله . فقد ذكرنا أن هناك قولين حصل حجة هذا اليوم . فإذا ذهبنا على عدم صحته . فلا شفعة لمالك الأرض ، لما يأتي لنا من أن نبيع القاسد لا شفعة فيه . وإذا ذهبنا على الرأي الثاني فإن صاحب الأرض يستحق الشفعة إذا طالب بها حين البيع أو داخل السنة من تاريخ عطله بـ وذلك لأن صاحب الأرض مالك قطعا على الشباع ولا ينتج عن شفخته لما باعه المامل أي ضرر ، لأنه إذا نجح المامل ثبت البيع وما تسمى الشفعة . وإن لم ينجح لم يثبت البيع ، واستحق أن يسرد أرضه تبعا للاتفاق عند المقارسة ، وإمكانه أن يرجع على المشتري بما دفعه له بخاتبة الشفعة ، ويحق لهذا الأخير أن يرجع على المامل البائع بما دفعه له حين البيع ، لأنه باع له ما لا يملكه (1) .

ثانيا : الشفعة في السهمية .

السهمية هي أن يتفق صاحب الأرض أو الثمار مع شخص آخر على أن يتولى خدمة أرض أو نمطد الأشجار وخدمتها مقابل جزء معلوم مما تنتجه الأرض أو ثقله الأشجار . والمامل في هذا النوع من الأجارة عدم الجسواز نظرا لما يحتوي عليه من الضرر ، ولأنه يرد من كراء الأرض بما يخرج منها .

غير أن كثيرا من علماء المالكية يرون أن عدم جسواز هذا المقدم قيد بما إذا لم تكن هناك ضرورة تدعو إليه . أما إذا دعت الضرورة إليه ، كما إذا كان صاحب الأرض أو الشجر غير قادر على استغلالها ، ولا يقدر على استئجار من يعمل معه بأجرة معلومة ، فيجوز له حينئذ أن يستأجر من يقوم بهذا العمل مقابل جزء معلوم من الثمار . وعلى هذا جرى عمل أحد فاس . فقد ورد في نوازل العلامة الرهوني أنه سئل عن حب الزيتون الذي إذا جفأذه ، فإن سواه ، إذا عجز ربه عن القيام بأمره ، ولم يقدر على نفسه ونقله وعصره ، وحملته الضرورة على دفعه بجزء معلوم النسبة من زيتيه يأخذه الأجير بعد طحنه وتصفيته . فأجاب بأن هذه المبالغة محسنة على البلسوى ، وعليها عمل أهل فاس في السر والنجوى . وقد اقتصر في المختصر على نوازلها فقال : سقط أو خرج من نفث زيتون أو عصره (2) . لكن هذا مع عدم الضرورة ، والا فقد اقتضى الامام ابن سراج في مثل هذه النازلة بالجواز (3) .

(1) المهدي الوزاني 439/3 .

(2) أي تضع الأجارة إذا كانت الأجرة هي جزء سقط أو خرج من نفث زيتون أو عصره .

(3) المهدي الوزاني 472/3 .

بناءً على ما جرى عليه الفصل من جواز هذه المعاملة ، فقد تسأل العلماء
ما اذا كانت الشفعة ثابتة في ذلك أولاً .

يتصور الشفعة في السهمية ، فيما اذا كانت الارض او الاشجار مملوكة على وجهه
الذي يام بين شخصين مع كثره ، ثم دفع احدهم نصيبه بالسهمية لمن يخدمه مقابل جزء
معلوم من الثمار ، فليس يتحقق لباقي الشركاء ان يشفعوا ذلك ، بحيث يحلون محل الشخص
الذي تعاقد مع شركه ، فيقوي بنفس الفصل ، مقابل الجزء الذي تعهد الشريك بئان
بذاته له من الثمار .

للجواب على ذلك نذكر انه بناءً على ما سبق لنا من ان الثمار اذا بيعت بمقد
نحسب ان لا شفعة هنا ، نقول ان هذه المعاملة اذا لم يتم الاتفاق بشأنها الا بمقد
نوع الثمرة بوضع المساواة فلا شفعة فيها .

اما اذا وقع الاتفاق على المساواة قبل دفع الثمار ، فيجزي حينئذ الخلف السني
اشرنا اليه في الشفعة في الكراء ، وهنا ان الفصل يجزي على ثبوت الشفعة فسي
الكراء ، فان الشفعة ثبتت ايضاً في السهمية لانها نوع من الكراء ، بناءً على ذلك فان للشركاء
الحق في ان يشفعوا من العامل بالمساواة هذه المعاملة ، فيحلون محله ، ويجزي عليهم
نفساً كان يجزي على ذلك العامل .

ثالثاً : الشفعة في الرهن .

تصور الشفعة في الرهن في المثال الاتي :

يبيع الـ لمدة لا تزيد عن اربع سنوات ، ويطلب من المشتري ان يدفع له رهناً
لمستوفى به في الدين . ويكون هذا الرهن في ملك النسيب شائع في عقار وقد حاز جزءاً من ذلك العقار
بمقتضى قسمة استغرافية جرت بينه وبين باقي الشركاء . فيدفع المشتري ذلك الجزء رهناً لـ
في ان يتخلل ذلك النسيب خلال ذلك الاجل .

فاذا حللنا هذه العملية نجد ان الثمن الذي باع به البائع سلخته يكون من عنصرين
نصاً : المال المؤجل ، والمنفعة التي سيحصل عليها من الرهن خلال الاجل .
ومضى هذا ان السلعة التي اشتراها المشتري بمضها دفع بمقابلته المال المؤجل ، ومضها
لنفسه منفعة الشيء المرهون . وهذا نصل الى ان البائع كانه اكثرى ذلك النسيب من المقار
بجزء من السلعة التي دفعها للمشتري ، فبعض السلعة في مقابلة المال المؤجل ، ومضها
في مقابلة منفعة العقار المرهون كراء (1) .

فيحقق لشريك المشتري في ذلك العقار المرهون ان يشفع هذا الرهن ، بناءً على ما
جرى به الفصل في الشفعة في الكراء . بحيث يحوز المقار المرهون لينتفع به عوضاً
عن البائع ويؤتي له قيمته المنفعة . على حسب ما يراه الخبراء الذين يعهد اليهم بتقدير

قيمة منفعة ذلك الشيء المرحون خلال مجل . قال المصنف في نوازل : والعمل
بغض على شفعة منفعة الرهن الشاع (1)

لكن يلاحظ ان المرحون لا يجوز ان يرحون للمنفعة فقط وانما يحوزه ليستوثق به
في الدين الذي له على الراهن ، فاذا شئت برك المشتري وحازه ، فان الدائن يبقى بسد
رهنه ، وفي هذا نسيان لحقه ، الا ان يقال ان الشريك الشفيع الذي تنتقل اليه حيازة نصيب
المشتري الراهن يبيع نائباً عن المرحون الدائن في تلك الحيازة ، بحيث يبقى ذلك النصيب
مكتسباً صفة الرهن ، فاذا حل الدين ، وتبريف الدين الراهن بدينه ، فان الدائن
البائع يستوفي دينه بواسطة الرهن .

النقطة الخامسة : الشفعة في الماء وفي الحيوان .

انفرد المالكية بالتوليذ بالمتصل بالنظر من المتولات المدة لخدمة ذلك العقار
تأبى عليها نفي الاحكام التي تأبى على المقار ، وبالاخص منها ما يتعلق بالشفعة ،
حيث يرون ثبوت الشفعة فيما اذا بيعت مع المقار حتى لا تنفصل عنه وتضيع بذلك المنفعة
من ذلك المقار .

ومن اهم المتولات التي تشمل بالمقار : الماء الذي يسقى به العقار ، والحيوان
المخصص لخدمة المقار .

ونسوق رأي المالكية فيما يتعلق بشفعة كل من الماء والحيوان .

ونختم هذا الموضوع بالامارة الى الحكم الذي يطبق عند بيع احد الشركاء لنديبه
في المتولات التي لا تجوز فيها الشفعة .

اولا : الشفعة في الماء .

اذا كان ماء الحق مشتركاً بين شخصين او اكثر فباع احد هما نصيبه منه
أ - فان كانت الاخر التي تنسب بذلك الماء مشتركة ايضاً ، فان الشفعة تثبت
لشركاء في الماء ، سواء باع الشريك نصيبه في الماء وحده ، او باعه من الارض . ولا خلاف
بين علماء المالكية في هذا الحكم .

ب - اما اذا كانت الاخر التي تنسب بذلك الماء غير مشتركة ، بان كانت مقسومة
قسمية بتيمة ، فقد وقسح خلاف في المذهب المالكي حول ثبوت الشفعة في ذلك الماء .

(1) قال مالك في المدونة انه لا شفعة في (2)

(2) قال مالك في رواية يروى ان الشفعة تثبت للشريك فيه (3)

والظاهر ان القول الثاني هو الصحيح في المذهب المالكي ، وهو يد ذلك ما ورد في
تيمرة اللخمي من ان الشريك في الحائط الجبل اذا باع نصيبه فيه ومن غير ماء ثم لم يبا

(1) نفس المصدر .

(2) المدونة الكبرى 224/4 .

(3) ابن سلعون 46/2 .

علم شريكه بذلك اعرب عن تنازله عن الشفعة . ثم بعد ذلك باع ذلك الشريك نصيبه في الماء لنفس المشتري للأرض . فان للشريك المتنازل ان يشفع الماء مع الأرض النسيب تنازل عنها . لان تنازله عن شفعة الأرض كان بدافع يده فيها لما كانت بدون ماء تسقيس به . فلما باع شريكه الماء لنفسه انفسه الذي اشبه به الأرض حتى له ان يمود في تنازله وان يشفع الأرض والماء . خصوصا وان البائع والمشتري بينهما باعنا تين المملكتين يتضمنان على انهما قصدا التحايل لاسقاط حق الشريك في الشفعة . ولذلك اظهر انهما تماقدا على الأرض وهما ليتخلل الشريك عن شفعتها (1) . وسيتبين لنا ان الشفع اذا تنازل عن شفعتها لسبب غير حقيقي فان حقها في الشفعة لا يسقط (x).

ثانيا : الشفعة في الحيوان .

سبق ان ذكرنا ان الشفعة لا تثبت الا في العقار وما يتصل به من الثمار والكسرة والزرع والماء . ولا تثبت في غير ذلك من الحيوانات والنباتات .

وان كانت كتب الشفعة تنصب الى الاسام ماله انقل بثوت الشفعة في السفينة (2) . ولكنني لم اعثر على هذا القول في كتب المالكية .

ولكن المالكية عرفوا عند التذم ما يسمى في ابقان بالمقار بالتخصيص . حيث اعلى الامام مالك للحيوان الذي يرصد صاحبه على عقاره لخدمته . حكم ذلك المقار المرصد عليه . واعتبره تابعاً له . ولذلك اتيت الشفعة في ذلك الحيوان على الكيفية الاتية : اذا كان هناك عقار (شفعة او محبرة او رحى او مجبسة) (3) وكان هذا العقار مشتركاً بين اثنين او اكثر على الشباع . وفيه حيوان (واحد او اكثر) معد لخدمة ذلك المقار . اما للحرث او للمقي . او في النقل . او غير ذلك . وكان هذا الحيوان مشتركاً بين اصحاب المقار الموصد عليه . ثم باع احد الشركاء في المقار والحيوان مبيعاً ليهما . فيحق للشريك الذي لم يبع ان يشفع ما باعه شريكه في العقار والحيوان التابع له .

وهكذا نرى ان الامام مالك يرى ان الحيوان (4) تثبت فيه الشفعة تبعاً للمقار عند ما يكون ذلك الحيوان مرصداً لخدمة عقار مشترك بين اثنين او اكثر . ويتوفر الشرطان الاتيان :

(1) حاشية المحدي الوزاني على الشفعة 486/2 . (x) انظر صفحة : 220 .

(2) من هذه الكتب بدافع النجاشي 12/5 .

(3) الزقاني 179/6 وعلق عليه الشيخ بناني بقوله : لم ار من ذكر الشفعة في دابة بيت الرحى والمجبسة .

(4) ذكر الرافعي ان الامام مالك يرى بثوت الشفعة في آلة الحرث اذا بيعت مع الأرض . فتصح المزيج 52/11 .

(1) ان يكون كل من المقار والحيوان مملوكا علي البائع .

(2) ان يبيع بعض الشركاء نصيبه من ذلك المقار والحيوان .

فاذا اختلف احد الشرطين المذكورين او كلاهما ، وذلك كما اذا اشترى الشريك نصيبه في الحيوان فقط ، او كان شركا في الحيوان فقط ، وام نصيبه فيه ، فقد ثبت نصيبه .

ثالثا : لاشقة في المقولات ، ذكرنا ان المالكية يرون ثبوت الشفعة في الحيوان اذا رصده . اجمعه لخدمة عقاره . وذكر الآن ان هذه هي الحالة الوحيدة التي ثبت فيها الشفعة في الحيوان عند المالكية . وما عداها لا ثبت فيه الشفعة في الحيوان كما انبأنا ثبت في المروض ، اي المقولات . وان كانت مملوكة ملكية مشتركة . لا حاجة بمسألة الشفعة انما وردت بالشفقة في المقار .

نعم يرى المالكية ان المقولات المشتركة اذا اراد احد الشركاء بيع نصيبه فشا ، فينفي له ان يمرض ذلك على شركائه ، وليشتروها منه ، ويرتفع عنهم سر الشركة ، ولا يخسر الشريك شيئا ، لانه يباخذ نصيبه .

فان لم يمرض عليهم ذلك ، وانما عرضه ، الى الاجنبي ، سم علم الشريك الشمن الذي وقف به ، اي الذي حصه بين الطرفين ، فان كان عقد البيع قد تم بين الطرفين فلا حرج له ان يمرض في انفسه ، ويبقى ذلك النصيب للمشتري ، وان كان العقد لم يتم بين الشريك البائع والاجنبي ، فان الشريك احق به بذلك الشمن ، ويمكنه ان يلزم شريكه بان يبيعه له بذلك الشمن الذي وقف به ، لان ذلك سيدفع عنه سر الشركة ، ولا يضر فيه على البائع .

فان هذا ليس من باب الشفعة ، لان الشفعة كما عرفنا هي ان يشتري الشريك الشيء من يد المشتري . وفي هذه الحالة المذكورة ياخذ الشريك الشيء من يد البائع قبل ان تنتقل ملكيته الى المشتري .

وفي هذا يقول ابن عرفة : كل عرض مشترك غير لاشقة فيه ، فاذا باع بعض الشركاء نصيبه منه فلمن بقي انفسه بالشمن الذي اطلق فيه ، طالما ينفذ البيع (1) .

ويقول الخطاب في رجلين وهبت عليهما شجرة شجرة عشر ميسن حبسا عليهما ثم اراد احدهما بيع حصته من ذلك بعد الباب : الشريك اولى بالشجرة والكرا . بما بذل المشتري والمكتسري فيهما من الشمن والكرا ، ولا خلاف فيهما ، وكذلك يجزى في كل مشترك لاشقة فيه (2) .

(1) التسوية في 131/2 .

(2) الحال باب 314/5 .

الفصل الثالث

المشفوع منه

المشفوع منه هو الشخص الذي تستعمل الشفعة عنه لياخذ الشفيع من يسهه النصيب الذي ملكه . وهذا يعني ان المشفوع منه هو الشخص الذي انتقل فيه نصيب الشريك القديم وحل محله فيه .

والشرط الاساسي الذي يجب توفره ليثبت للشفيع الحق في الشفعة من التصرف منحه ، ان يكون الشفيع شريكا (او جارا) قبل ان ينتقل الملك الى المشفوع منه . فقد رغب علي مثلا في شفعة جزء من دار اشتراه خالد ، فلقد ان يكون علي هذا شريكا في تلك الدار قبل ان يشتري خالد ذلك الجزء ، وهذا هو معنى قولنا ان المشفوع منه هو من تجدد ملكه او هو الشريك الجديد ، اي انه جديد بالنسبة للشفيع ، وعلى هذا فلو فرضنا ان خالد اوعيا اشتريا الدار دفعة واحدة ، فقد يحق لاحدهما ان يشفع نصيب الآخر لانه ليرثاك شريك قديم يستحق الشفعة ، وشريك جديد يشفع منه ما انتقل اليه .

ومن المعروف ان الانسان يحل محل احد الشركاء في حصة بطرق مختلفة ، ففسو اما ان يشتري تلك الحصة من مالكها ، واما ان يقايضه بها ، واما ان يتلقاها منه بهبة او بارت ، او غير ذلك من طرق انتقال الملكية .

ولتعيين المشفوع منه لا بد من معرفة ما اذا كانت الشفعة تستعمل ضد كل من انتقلت اليه ملكية حصة شائعة ، سواء كان هذا الانتقال بمحض اوريدونه .

كما انه لا بد من معرفة ما اذا كانت الشفعة تثبت ضد كل من انتقلت اليه الحصة الشائعة سواء كان اجنبيا عن الشركاء ام كان واحدا منهم .

لهذا سنتكلم على المشفوع منه من خلال ثلاثة مباحث . نتكلم في اولها على انتقال الحصة بمحض . وفي الثاني على انتقال الحصة بدون عوض ، وفي الثالث على ان الشفعة تثبت ضد الاجنبي والشريك .

المبحث الاول

انتقال الحصة بمحض

انتقال ملكية الحصة عن طريق المعاوضة ، واما ان يكون بواسطة البيع ، واما ان يكون بواسطة اخرى ، من ماقلة او هالة ، او تعويض عن جرح ، او في صداق ، او غير ذلك . وسنتكلم على الشفعة في البيع بانواعه . ثم على الشفعة في غير البيع من المعاوضات ، وذلك في فروعين .

الفرع الاول : الشفعة في البيع .

الفرع الثاني : الشفعة في باقي المعاوضات .

الفصل الأول : الشفعة في البيع

يقصد بالبيع هنا ان يدفع مال كالجوز الشائع من العقار نصيبه لشخص آخر مقابل نقود يدفعها المشتري للبائع .

وقد اتفق علماء الاسلام على ثبوت الشفعة في العقار الذي انتقل الى الشفيع منه عن طريق البيع الصحيح النافذ ، وذلك لان الاحاديث الصحيحة الواردة في الشفعة تصرح بثبوتها في البيع المذكور ، ومن ذلك ما رواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اشترى ثوبا او حائط ، لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذه ، وان شاء تركه ، فإذا باع لم يؤذنه فهو أخسق به .

والبيع اذا كان قد تم عن طريق المساومة ، التي يتم تحديد الثمن فيها بين الطرفين راسا وسدود تدخل اي طرف آخر ، وكان متوفرا على شروطه وأركانها ، لا يثير اية مشكلة فيما يتعلق بثبوت الشفعة فيه . لكن البيع الذي يتم عن طريق المزايدة ، والبيع الفاسد ، او الذي يتوقف تمامه على خيار احسب الطرفين " بيع الخيار " او الذي اشترط فيه البائع ان يكون له ان يرد الثمن ويأخذ البيع بعد مدة " بيع التناهي " او البيع الذي تقسعه بعد الاقالة . يثير بعض التساؤلات فيما يتعلق بحكم الشفعة فيه . ولذلك نحتاج الى الكلام على كل واحد من هذه الأنواع ، وذلك في اربع نقاط .

النقطة الاولى : البيع بالمزايدة . البيع بالمزايدة هو البيع الذي يصرح فيه الشخص ما يريد ببعده ، ثم تقام المناذاة على تلك السلعة ، ويتقدم كل واحد من الراغبين في الحصول عليها بثمن لها (1) ، وتستمر المزايدة عليها فيعبر عن كل واحد منهم ثمنها اعلى من غيره الى ان يرسلوا المزايدة على آخر مزايد حيث يثبت بقية المزايدين عن تقديم ثمن اعلى .

ويسرى العلماء ان المفروض الذي يتقدم به اي مزايد يعتبر اجابا منه يتنازل القبول من صاحب السلعة ، فاذا زاد غيره على ذلك الثمن اعتبر

(1) يرى الفقهاء انه يحرم على اي شخص ان يزيد في سلعة لغير اغلاء السلعة ونفع صاحبها بذل سلته من غير ان تكون له رغبة في شرائها . كما يصرحون ان هذا البيع ليس داخل في قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يبيع احدكم كسما على بيع أخيه) لانه لم يفسد بيعه هذا . لا يكون ولا تقارب . القوانين الفقهية مطبعة تونس 255 .

ذلك ايجابا^١ اخر ينضم الى الايجاب الاول وهكذا. وعند ما يرسو المزايد يكون
لماحبب السلعة الحق في ان يقبل ببيع سلعته بالثمن الاعلى فيتم البيع
حينئذ وتسقط بقية الايجابات كما يخص للبائع ان يختار اي واحد من زاد في
السلعة ولو لم يكن هو اخر مزايد يلزمه بشراء السلعة بالثمن الذي
عرضه ما دام مجلس المزايدة لم ينفذ⁽¹⁾.

وبذا يعني ان كل واحد من المزايديين يكون ملزما بايجابه الذي
ان يصوب البائع عن قراره ببيع السلعة لاعلى مزايد^٢ اول من هو منه فيصا
اذا رأى البائع ان من مصلحته ان يبيع سلعته لغير من رسا عليه المزايد^٣ كان
يكون هذا الاخر مفسرا بالثمن^٤ اولا يتوفر على السمات الكافية^٥ او كان البائع
يرغب في بيع سلعته لشخص معين ممن شارك في المزايدة^٦ فيؤثر به
بالرفض من ان يخرجه زاد عليه.

ولا خلاف في ان البيع بالمزايدة من البيوع التي ثبتت فيها الشفعة^٧
بمعنى ان للشريك الحق في ان يشتري الحصة التي باعها شريكه عن
اربع المزايدة^٨ سواء كان هذا الشريك الذي يرغب في الشفعة
حائزا اثنا المزايدة او لم يكن حاضرا^٩ وسواء علم بتلك
المزايدة في ابانها او لم يعلم^{١٠} ولم نعثر على خلاف في هذا الموضوع
كما اننا لم نجد اية اشارة في كتب الفقه يفهم منها ان الشفعة
انما تثبت في بيع المساومة دون البيع بالمزايدة.

والحاصل يجزي عن هذا في المفسر على ثبوت الشفعة في البيع بالمزايدة
وخصوصا فيما يتعلق ببيع الثمار حيث تجري المادة على ان يقوم الشريك
الراغب في بيع حصته في القطعة باعدها بحد فية موعدا لاجراء المزايدة على
حصته في تلك الثمار^{١١} وعند ما تقام المزايدة ويرسو المزايد على شخص^{١٢} يكون
للكسائ^{١٣} الحق في شفعتها من يرد هذا المشتري الذي رسبت عليه
المزايدة.

وليس هناك ما يمنع من ثبوت الحق في الشفعة في البيع بالمزايدة
لان الحد يثبت المشار اليه سابقا^{١٤} وهو قوله... فاذا باع لغيره فهو
احق منه^{١٥} عام في كل بيع ولا يمكن تخصيصه بما يبيع عن طريق
المساومة دون ما يبيع عن طريق المزايدة.

كما اننا نستدري ان الشريك اذا تنازل عن حقه في الشفعة قبل بيع

الشريك لحصته . فان هذا التنازل لا يمنع من استعمال حق البيع في الشفعة بعد البيع (1) ، ولهذا لا يمكن القول بان عدم مشاركة الشريك في المزايدة يسقط حقه في الشفعة ، لان سبب ثبوت حصة الشفعة الذي هو البيع لا زال لم يوجده .

وزيادة على هذا فان الضرر الذي سببت الشفعة لازالته بوجود نص في البيع الذي يتضمّن من ارساق المزايدة ايضاً . وقد يفسر الشريك ان من ملحقته ان لا يشارك في المزايدة لترسب الحصص بثمن ضايع . فيتمكن من الحصول عليها بذلك الثمن عن ارساق الشفعة .

النقطة الثانية : الشفعة في البيع الفاسد .

البيع الفاسد هو ما اختل فيه شرط او ركن من اركان البيع وشروطه .

يرى النقيصة ان البيع الباطل لا شفعة فيه اصلاً . لان العقد الباطل يعتبر معدوماً ولذلك لا يمكن ثبوت الشفعة فيه . لان الشفعة تنبني على البيع ، فاذا انعدم البيع انعدمت الشفعة .

اما البيع الفاسد ، فما دام للطلوع فيه حق طلب الفسخ فلا شفعة فيه ايضاً ، ونعم اذا انقطع فيه حق طلب الفسخ ، وفلذلك كما اذا زاد المشتري في الشيء الذي اشتراه او خسر ، او تصرف فيه تصرفاً اخرجه عن ملكه ، كما اذا وبه او باعه ، فانه يجب على المشتري ان يدفع للبائع قيمته وتثبت فيه حينئذ الشفعة (2) .

اما المالكية فيرون ان البيع الفاسد لا تثبت فيه الشفعة ، سواء كان هذا البيع مما يتفق على فساد ، او كان مختلفاً فسي فساد ، الا انفسه لما كان من الممكن ان يطالب الشريك بالشفعة قبل الاطلاع على ان البيع فاسد ، كما انفسه قد يتعذر فسخ ذلك البيع الفاسد . ولذلك بان يفوت بيع المشتري ، فلذلك ان لا يملك من مرفعة احكاما ثابتين الحاليتين .

الحالة الاولى : اذا استتم البيع الشريك الشفعة قبل الاطلاع على فساد هذا البيع ، ثم اطلع على فساد ، ففساده .

(1) انظر صفحـة 209 .

(2) فتح الميعين 339/7 .

أ - فان لم يكن المبيع قد فات بيد الشفيع (أي حدث فيه تغيير بزيادة أو نقص أو تغيرت قيمته في السوق) فان البيع يفسخ ، وتفسخ الشفعة ايضا (1) ، ويرد الأطراف الى الوضعية التي كانوا عليها قبل البيع .

ب - وان كان قد فات بيد الشفيع ، فان المشتري تلزمه قيمته ، ويلزم الشفيع ايضا ان يؤدي ما اداه المشتري ان لم يزد على ما كان الشفيع اداه فعلا للمشتري حين الشفعة ، اما اذا كانت القيمة اكثر مما اداه الشفيع فيكون حينئذ هذا الشفيع بالخيار بين ان يؤدي تلك القيمة ويحتفظ بذلك الشيء المشفوع ، وبين ان يرد له للمشتري ، ويسترد منه ما دفعه له .

الحالة الثانية : اذا تعذر فسخ البيع الفاسد ، وذلك بان لم يطلع على فساد الا بمسك ان فات ذلك الشيء المبيع بيد المشتري ، بان زاد فيه أو نقص أو باعه بيما صحيحا ، (مسك المعلوم ان الفقهاء يرون ان البيع الفاسد اذا فات بيد المشتري لا يفسخ ، وانما يطالب المشتري بما اداه قيمة ذلك الشيء المبيع للبائع عوضا عن الثمن الذي وقع الاتفاق عليه ، سواء كانت القيمة اقل أو اكثر من ذلك الثمن) ففي هذه الحالة يكون الحكم بالنسبة للشفعة كما يلي :

أ - اذا فات المبيع بيد المشتري بزيادة أو نقصان ، كما اذا هدمه المشتري أو بنى فيه أو غرس . فان الشريك يستحق الشفعة . ثم ان كان البيع مثقلا على فساد ، فان الشريك يستحق الشفعة ويدفع للمشتري قيمته التي كان يساويها قبل قبضه من البائع (2) . وان كان البيع مخطئا في فساد ، فيدفع له الثمن الذي دفعه المشتري للبائع .

ب - وان فات المبيع بيد المشتري بسبب بيع صحيح اجراه هذا المشتري لفائدة شخص آخر ، فان الشريك يستحق الشفعة ايضا .

ثم ان طالب الشريك بالشفعة قبل ان يدفع المشتري الاول قيمة ذلك النقص للبائع ، فان هذا الشريك الشفيع يدفع للمشفوع منه الثمن الذي وقع عليه البيع الثاني الصحيح .

وان لم يطالب بالشفعة الا بعد ان دفع المشتري الاول القيمة للبائع ، فانه يكون مخيرا بين ان يدفع له القيمة التي دفعها للبائع ، وبين ان يؤدي له نفس الثمن الذي باعه به .

وفي جميع الحالات اذا كان المشتري قد اضاف الى الشيء المشفوع زيادة صرف فيها مالا ، فان على الشفيع ان يؤدي للمشتري ما انفق . وزيادة على القيمة والثمن .

كما انه اذا حصل في ذلك نقص عند المشتري ، كما اذا تهدم جزء من الدار التي اشترى نصيبا فيها ، فلا يجوز للشفيع ان يطالب بان يحط عنه من الثمن (3) ما يقابل ذلك النقص ، وانما يلزمه ان يؤدي جميع الثمن أو القيمة ، والا فالشفعة له (4) .

(1) بناني 180/6 (2) التسولي 106/2

(3) أو القيمة التي كان الشخص يساويها يوم قبضه المشتري من البائع .

(4) التسولي 106/2 .

ونشير اخيرا الى ان من البيوع الفاسدة ما اذا اختلف المقيمان حول الثمن ، كان يبيع شخص به في عقار . ثم يدعي المشتري ان الثمن عشرة الاف درهم ، ويذكر البائع ان الثمن خمسة عشر الف ولا يثبت لاحدهما ، فانهما يحلفان معا ، ويفسخ البيع .

وفي هذه الحالة يحق للشريك في ذلك العقار ان يشفع النصيب الذي وقع عليه البيع ، اذا وافق ان يدفع الثمن الذي حلف عليه البائع ، لان البائع مقربوهم البيع بالثمن الذي حلف عليه . و ذلك اقرار بثبوت حق الشريك في الشفعة بذلك الثمن ، واذا بطل حق المشتري بانكاره لذلك من فان حق الشريك لا يبطل (1) .

النقطة الثانية / الشفعة في البيع بالخيار .

الخيار في البيع نوعان : (1) الخيار الشرطي (2) الخيار الحكمي " خيار النقصه وحكم نكحة يختلف باختلاف هذين النوعين .

اولا : في النسبة للخيار الشرطي ، وهو ان يتفق البائع والمشتري على ان يكون الخيار لاحدهما فصلا خلال مدة في امضاء البيع اورد .

ا ب فان كان الخيار للبائع ، كان يبيع الشخص نصيبه في عقار ، ويشترط ان يبقى له الخيار فيضي البيع بعدها او ينقضه . فقد اتفق العلماء على ان الشريك لا يستحق الشفعة الا اذا قرر بيع امضاء البيع .

ب ب ان يكون الخيار للمشتري . كان يشتري شخص نصيبا في عقار ، ويشترط ان يبقى الخيار مدة يضي بعدها الشراء او ينقضه . فقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان يحق للشريك يشفع اولا .

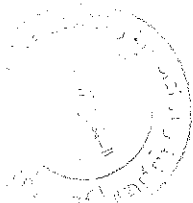
(1) قال الكوفيون ، والشافعي في احد نوايه : (2) ان الشريك يستحق الشفعة في هذه الحالة لان البائع اخراج النقص عن ملكه ، ووجب على نفسه البيع . ويحلل ابو حنيفة ذلك بانه اذا كان الخيار للمشتري فقد انتقل البيع اليه ، ولم يبق اي حق لغيره فيه ، واذا كان الشريك يستحق الشفعة بعد لزوم البيع واستقرار ملك للمشتري ، فيستحق ذلك قبل ان يستقر النصيب في ملك المشتري ولي والاخرى (3) .

(2) وقال الشافعي (4) ان الشفعة لا تجب مادام المشتري لم يقرر امضاء البيع ، لان الشفعة لا تجب للمشتري عند ما يصبح ملكا ، وفي زمن الخيار الذي للمشتري لا يكون هذا المشتري مالكا ، وقع عليه البيع ، بدليل ان ذلك النصيب لا يصبح في ضمانه ، فلا تجب الشفعة ضده حينئذ . ويناهر ان الفرق بين القولين هو ان اصحاب القول الاول يرون ان الشريك يستحق الشفعة اقرار المشتري امضاء البيع اورد . في حين ان اصحاب القول الثاني يرون ان الشريك لا يستحق الشفعة الا اذا امضى المشتري البيع . اما اذا قرر رده فلا حق للشريك في الشفعة .

والمعتمد في المذهب المالكي ان الشفعة لا تثبت فيما اذا كان الخيار للمشتري الا اذا امضى

المشتري 591/5 . (2) ذكر المنصفي ان الشافعي له قولان في المسألة 471/5 .

المنصفي 471/5 . (4) حسب رواية تلميذه الربيع . فتح الميزان 410/11 .



البيع وقره .

ونذا هوراي الحنايلة ه وهو الذي يؤيده المنطق ه لان المشتري بالخيار مادام لم يقرر اضاء
العقد يكون مخيرا بين الاضاء والرد ه فاذا قلنا ان للشريك الحق في الشفعة من يده في زمين
التي اراد فائنا نكون قد الرضا باثار ذلك العقد ه وارجعنا عليه ان يقبله ه وارضاها على ان يتمم
بضمان المفقوع تجاها الشفع في الوقت الذي يمكنه فيه ان يتحلل من هذا الضمان فيما اذا اختار
رد البيع (1) .

وتتميم للفائدة نتعرض لحالتين تتصلان بالشفعة في الخيار الشرطي وهما :

- (1) اذا كان شخص يملك عقارا ه ثم باع جزءا منه لشخص ه على ان يكون للمشتري الخيار خلال
مدة معينة بين اضاء البيع او رد ه وقيل في مدة الخيار باع جزءا اخر من ذلك المقاربيما باطا لا خيار
فيه ه ثم اعلن المشتري الاول قراره باضاء البيع ه فانه يستحق ان يشفع ذلك الجزء الذي وقع عليه البيع
اثناء مدة الخيار ه لانه عندما قرر اضاء البيع ه تبين انه كان ملالكا على الشياح عندما وقع البيع الثاني ه
بحيث يعتبر هذا المشتري الثاني شريكا جديدا بالنسبة للمشتري الاول .
- (2) اذا كان شخصان شريكين في عقار ه ثم باع احدهما نصيبه لشخص على ان يكون للمشتري
الخيار خلال مدة معينة بين اضاء البيع او رد ه وقيل في تلك المدة باع الآخر نصيبه بيما باطا
فان خيار فوسسه .

فاذا قرر المشتري اضاء البيع ه ثبت له الحق في شفعة ما باعه الشريك الثاني بيما باطا لانه تبين
انه كان شريكا في الملك عند وقوع البيع البات .

وان قرر المشتري رد البيع ه ثبت للشريك الذي باع بالخيار حق الشفعة فيما باعه شريكه
بيما باطا ه لانه تبين ه حينما رد المشتري البيع ه انه كان ما يزال شريكا عند بيع شريكه لنصيبه (2)
ثانيا : اما في الخيار الحكي ه وهو الذي يثبت للمشتري عند ما يطلع بمقد العقد على عيب
في البيع ه فلا يخلو الامر من حالتين .

الحالة الاولى : ان يقرر المشتري عند ما يطلع على العيب رد البيع لباثمه ه فيقول الشريك
انا اخذه بالشفعة ه وارضى بالعيب الذي فيه ه ولما اضاء المالكه قولان فيما اذا كان يحق للمشتري
ان يرد البيع للبائع فيسقط حق الشريك في الشفعة ه او يجب عليه ان يمكن الشفع من شفعتيه ه
ال قال المذهب في المجموعة ه يحق للمشتري في هذه الحالة ان يرد البيع الى صاحبه ه
البائع ه ولا يستحق الشريك الشفعة حينئذ ه لان من حق ذلك المشتري ان يقول : انه تبين
لي الحق في رد البيع والتخلص من عيبه التي تلتزم بي اذا اخذه للشريك بالشفعة ه لانه سيأخذه مني
ومن عندي ه وانا لا اقبل ان انعقد بضمان في امتناع ان ارد ه الى صاحبه .

(1) المبنى 472 / 5 .

(2) الزرقانسي 180 / 6 .

ب - وقال ابن القاسم في رواية يحيى بن يحيى في المتبعية . يستحق الشفيع ان يرفع
ذلك النصيب لجميع اذا ائدى للمشتري جميع الثمن الذي وقع به البيع (1) . واحتج لهذا القول
بالتقاسم الاتي . مما لا شك فيه انه لو لم يجد المشتري في ذلك النصيب الذي اشتراه المصيب
الشيء استوجب الخيار وكان من حق الشريك ان يشفعه منه . لان البيع ثابت ، فكذلك يثبت
له الحق في الشفعة في هذه الحالة بالرغم من وجود المصيب ، لان البيع وقع فعلا ، وشرطه
انه نقل البيع من حصة البائع الى ملكية للمشتري ، فثبت للشريك الحق في الشفعة .

ولكن يرد هذا القياس بان هناك فرقا بين المقيس والمقيس عليه ، وذلك ان المقيس
منه هو البيع الذي لا يجد فيه المشتري عيبا في المبيع . يصبح بيعا باثنا لخيار فيه للمشتري
في رد المبيع لصاحبه ، وبغير البيع في ضمانه ، ولذلك يمكن الزامه بتكفين الشريك من الشفعة ، وما
يترتب عليها من اضرار . فان الذي يلزم به المشتري المشفوع منه تجاه الشفيع . في حين ان المقيس
هو البيع الذي يجد فيه المشتري عيبا في المبيع ، يكون فيه الخيار للمشتري بين رد المبيع لصاحبه
والاعتراض من آثار البيع ، ومن جعلها تمكن الشريك من الشفعة وما يتبعها من تحميل المشفوع منه
بالاثر من تجاه الشفيع ، وما دام كذلك فلا معنى لخيار هذا المشتري على ان يضمن شيئا يمكنه ان
يرده لصاحبه البائع وإبراء ذمته منه .

الحالة الثانية : ان يكتشف المشتري المصيب ويقرر رده لصاحبه ، فيقول الشريك : انما
اشفعه من يد الشريك البائع الذي استرد نصيبه . فهل يحسب له ذلك اولا . للملكية في ذلك قولان
ايضا .

أ - في رواية يحيى بن ابن القاسم . انه يحق للشريك ان يأخذه بالشفعة من يد البائع
وانما لان الرد بالمصيب يعتبر كأنه بيع جديد ، اي ان المشتري الذي وجد بالمصيب الذي اشتراه
عيبا وقرر رده لصاحبه ، كأنه باعه له مرة اخرى . ومن المعلوم ان كل بيع تثبت فيه الشفعة .

ب - قال أصحابنا . لا يحق للشريك ان يأخذه بالشفعة من يد البائع ، لان الرد بالمصيب
ليس بيعا جديدا وانما هو نقض للبيع . اي ان المشتري الذي رد المصيب للبائع لا يعتبر كأنه باعه له
وانما يعتبر انه نقض البيع الاول الذي اوجب للشريك الشفعة فعاد النصب الى ملك صاحبه . وانما نقض
البيع لم يبق للشريك اي حق في الشفعة .

ويتبين من هذا ان الخلاف المذكور مبني على خلاف آخر . وهو الخلاف حول الرد بالمصيب
ان هو بيع جديد ، او هو نقض البيع وبطلان آثاره ، فمن رأى انه بيع جديد ، قال بجواز الشفعة فيه .
ومن رأى انه نقض البيع ، قال بعدم ثبوت الشفعة فيه . لان الشفعة لا تكون الا في البيع .

(1) وللمناقشة نفسها نفس القولين في هذه المسألة . ونذكر الرافعي ان القول بثبوت الشفعة
رجح عند الاكثرين . ولكنه بان فرض المشتري من الرد بالمصيب هو استرداد الثمن من البائع وتكفين
الشريك من الشفعة يحقق هذا الغرض لانه سيؤدي له ما دفعه ، كما انه سيكون الشريك من استعمال
حقه في الشفعة . فتح الميزان 4/15/11 .

والراجح أن يحد بالمعيب ليس ببعداً ، وإنما هو نقض للبيع السابق وإبطال لآثاره ، ولذا لك نرى أن البائع لا يستحق استعانة من يد شريكه البائع الذي عاد إليه النصيب الذي باعه ثم تبين أنه معيب وهذا ما يتبين من الخيار الحكيم الذي يقرر فيه المشتري رد المعيب لصاحبه البائع لا يثبت فيه الحق للمعيب في الشفعة ، سواء أراد أن يشفعه من المشتري أو من البائع ، لأنه ثبت للمشتري الحق في إبطال البيع والتدخل من آثاره ، ولذا لك ليس من العدل أن يلزمه بأن يكسبه الزم من الشفعة ، وليس ضاماً تجاهه لذلك الشيء المشفوع ، كما أن الشريك البائع الذي عاد إليه النصيب المعيب بعد أن باعه ، لا يعتبر أنه اشتراه حتى يلزمه بتكليف شريكه من الشفعة وتحميله بالظمان تجاهه ، لأن الأمر يكون عن رغبة في الشيء المشتري ، وهذا الشريك قد عاد إليه ذلك النصيب رغداً عنه ومن غير أن يرغب في نفسه .

النقطة الثالثة : الشفعة في بيع الثمن . وفي الأقالة .

أما بيع الثمن سواء انعقد البيع ، ويتفق الطرفان على أنه متى رد البائع الثمن للمشتري فإن هذا الأخير يرد له جميع ، ويتقضي أثر البيع بذلك ، سواء حدد لذلك مدة ، كان يقول له : إن أريت أن الثمن داخل سنة فلنك لمن يرد لي سلعتي ، ولم يحدد ، لذلك مدة .

ويرى المالكية أن بيع الثمن يعتبر فاسداً إذا وقع الاتفاق على هذا الشرط حين العقد ، لأنه يعتبر مطلقاً جزمياً ، أي أن المشتري يعتبر كأنه اقترض البائع الثمن الذي دفعه له مقابل أن يكسبه من النظام بالشيء المشتري إلى أن يرد له ذلك الثمن . ومعلوم أن السلف يجب أن يكون بدون أية فائدة ، أما إذا وقع الاتفاق عليه بعد تمام عقد البيع فإنه يكون بيما صحيحاً .

وفي الحالة الأولى وهي عند ما يكون شرط الثمن مذكوراً في عقد البيع ، يجب فسخه ، ولا شفعة فيه ، لما ذكرنا من أن البيع الفاسد لا شفعة فيه . نعم إذا فات الشيء المشفوع عند المشتري ، بان حدث فيه نقص أو زياد قيسنا ردّه إلى صاحبه ، فثبت فيه الشفعة حينئذ على أن يدفع الشفع للمشتري قيمة ذلك الشيء التي كانت له يوم وقوع البيع .

وفي الحالة الثانية ، عند ما يكون شرط الثمن قد وقع الاتفاق عليه بعد عقد البيع ، فإن الشريك يثبت له الحق في الشفعة ، ويلزمه أن يؤتي للمشتري الثمن الذي وقع عليه الاتفاق عند البيع (1) .

(ب) أما الأقالة فهي أن يتفق البائع والمشتري على الرجوع عن العقد الذي أبرماه ، وأن يرجع كل واحد إلى الحالة التي كان عليها عند البيع ، بحيث يرد البائع للمشتري ، ويرد المشتري للشيء الذي اشتراه للبائع .

وقد اختلف في الإقالة هل تعتبر بيما ، أو تعتبر نقضاً للبيع ، بمعنى أن المشتري عند ما يقبل البائع يرد له ما اشتراه منه ، بل يعتبر كأنه لم يرد ، أو يعتبر أنه إنما نقض البيع الأول ويرجع به إلى الحالة التي كانت عند البيع . ووجد في هذا المصنف قولان . قول يرى أنها بيع ، وقول آخر يرى أنها نقض للبيع .

وتتصور الشفعة في الاقالة فيما - موقفا ان شخصا اشترى نصيب شخص آخر في عقار ، ثم ودعت الاقالة بينهما ، فحل بحق الشريك - يشفع اولا . واذا كان يحق له ان يشفع - فمن هو الذي يضمن له ما قد يكون في البيع من مسا او استحقات للغير .

(1) يرى الحلما انه يحق للشريك ان يشفع ما وقع عليه العقد ، ولا تؤثر الاقالة على الشفعة ، ويكون المشفوع منه هو المشتري القليل ، ولديه يقررت الضمان ، بمعنى ان الاقالة تلغي ولا يلتفت اليها ولا تعتبر الاقالة بيعا جديدا (1) . بمعنى ان المشتري الذي رده السلعة للبائع لا يعتبر انفسه باعنا له من جديد . وانما نقول البيع الاول فخرج الطرفان بحسب ذلك الى الحالة السابقة عن عقد الاقالة . وذلك لان المشتري يتحم على انه لا يحل ان يقبل البائع لا يحل ان يتخلص من الضمان الذي يلزمه تجاه الشريك المشفع . وفي - يقول الحنيد في نظامه : اجمعت على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى الثاني ، ومن رأى انهما فسخ للبيع (2) . ولا شك في ان الاقالة اذا اتمرت بيما فان الشفعة تثبت فيه قطعا . انما اذا لم تكن بيما وانما اتمرت نقضا للبيع فان الشفعة تثبت حينئذ ايضا لان البائع والمشتري يتحان على انهما تقايلا ليمضعا الشريك من استعمال حسن الشفعة .

ونذكر اخيرا ان التوكيد ان تنازل من السلعة للمشتري . ثم اقال البائع هذا المشتري ، فان الشريك المذكور ان يشفع ما وقع عليه النزاع ، ولا يضره تنازله الذي وقع قبل الاقالة (3) . وبما هو ان هذا الحكم يبنى على ان الاقالة تعتبر بيعا ، اي كان المشتري باع ما اشتراه لمن باعه له .

الفرع الثاني : الشفعة في المعاوضات .

يمكن ان تنتقل الملكية عن طريق المعاوضات مما عدا البيع . وذلك شمل :
أ - ان يتنازل شخص مع آخر بحيث يدفع كل منهما للآخر نصيبه في عقار مقابل حصوله على نصيب الطرف الآخر في عقار آخر " المعاوضة " .
ب - ان يدفع الزوج لزوجته نصيبه في عقار صداق عند الزواج او معة عند الطلاق . او تدفعه الزوجة لزوجها عند الطلاق .

ج - ان يدفعه الشخص تدويضا عن عبور الحق بغيره . " رهن الجاني معة " .

(1) الرأي الراجح عند الملكية ان الاقالة تعتبر بيعا وتترتب عليها نفس النتائج التي تترتب على البيع الا في هذه المستثنيات (1) الشفعة (2) بيع الطيبات
(3) المراجعة من الزواني 183/6 .

(2) الحنفي الوزاني 434/3 .

(3) الزواني 188/6 .

هـ ان يدفعه الشخص عند التصالح مع آخره دين او على دعوى او على عقار "اصح".
هـ ان يدفعه هبة لشخص في انتظار ان يشيخه " هبة الشواب".

وقد وقع خلاف بين العلماء حول النصفة في هذا الطريق وهل تعتبر مثل البيع في ثبوت النصفة للشريك ، ولا تعتبر له فلا تثبت فيها النصفة . ويوجد في هذا الصدد رأيان .

الرأي الاول : ان النصفة تثبت في كل ما انتقل به من . وهذا هو قول ابن شبرمة ، والحارث العكلي ، وابن ابي ليلى ، وذلك ، والثاني : (1) واصحاب الرأي (2)

واحتجوا على ذلك بان العقار الذي ينتقل عن طريق المداوضة يعتبر عقارا مملوكا يحتسب عقد مداوضة فهو مثل ما انتقل به عن طريق البيع .

الرأي الثاني : ان النصفة لا تثبت الا فيما انتقل به عن طريق البيع دون ما انتقل به من المداوات وينفذ يقول الشعبي ، وابوشيرة واصحاب الرأي (3) . ومن ابو حنيفة . وهو ظاهر في المسبب الحائلية لان الشرطي (من غير علمائهم) لم ينص في جميع مسائله لغير البيع .

واحتج اصحاب هذا القول بان ما انتقل به من المداوات يشبه ما انتقل عن طريق الهبة والارث في انه عقار اصبح مملوكا للمالك الجب يد عن غير ان يدفع مقابله مالا " اي نقودا " . كما انه يتصدر في الغالب معرفة ما يؤديه المبيع في مقابل الحصول عليه . وذلك مشتمل ما اذا دفعه الزوج لزوجته صداقا ، فاننا لانستطيع ان نلزم الشريك الشفع بان يؤديه للزوجية المشفوع منها مبرا مالا في مقابل ذلك النصب من العقار الذي دفعه لها زوجها صداقا لاننا لو فعلنا فكاننا نقوم المبيع على الاجنبي (اي غير الزوج) زيادة على انه يمكن ان ننسب المبيع بالزوجه بانها صدق الضل ، نظرا الى ان الامر يتماحول عادة عند النكاح ولا يطالبون بصداق المثل في الغالب ، وما على ذلك فغالبا ما يكون قيمة النصب الذي يدفعه الزوج لزوجته صداقا اقل من صداق امثالها .

كما اننا لانستطيع ان نلزم الشريك بان يدفع قيمة ذلك النصب الذي دفعه الزوج صداقا لزوجته ، لانه لم يتنازل الى قيمة ذلك المثل عند النكاح ولم يدفع صداقا على اساس ان له قيمة

مستوفية .

(1) يرى الشافعي ان هبة الشواب عند الطل لا يترتب عليه اي اثر ، ولذلك لا تجب فيه النصفة .

(2) يرى ابو حنيفة ان هبة الشواب عند الطل يفسخ ما لم يقع القبض والا فيصير حرجا . وتثبت فيه النصفة حينئذ . " المتن 484/5 .

(3) فتح العزيز 426/11 .

والرأي الذي نستقصيه هو الرأي الأول ، لأنه هو الذي يحقق الغرض " في شريعة الشفعة من أجله ، وهو إزالة الشرع عن الشركاء من دخول شريك جديد عليهم . خصوصاً أنه لا فرق بين البيع وغيره من المعاملات .

وليس صحيحاً أنه تتمذر مصروفة ما يدفعه الشريك الشفع للمنفوخ منه فلهذا سيأتي لنا أن الشريك يلزم بأن يدفع في بعض الحالات قيمة الشفع المنفوخ ، وفي بعض الحالات قيمة الشيء المدفوع في مقابلة ذلك النصيب ، وفي بعض الحالات الأخرى قيمة ما دفع الخصم أجله .⁽¹⁾ وهذا يتوصل الشفع إلى حقه من غير الأضرار بالمنفوخ منه ، ومن غير أن يلزم الشفع بأن أكثر من قيمة الشفع المنفوخ .

على أن هذه العلة لو كانت مانعة من الشفعة في المعاونات ، لكانت الشفعة في البيع . لأنه قد يبيع الشخص نصيبه بشخص بخس لاغتيارات كثيرة ، كما أن الشخص قد يرضى بأن يدفع في مقابل حصوله على نصيب في عقار أضاع نفسه لوخته فيه ومع ذلك تلزم الشفعة في معاينات المعاينات بأن يؤدى نفس الثمن الذي بذله المشتري ، ولا يستطيع المشتري أن يقول في الحالة الأولى أنني خمنت لأنه فاتي ربح كمبر كنت انتظره من هـ ، حصولي على عقاري بشخص . كما لا يستطيع الشريك الشفع في الحالة الثانية أن يقول أنني لا أضع ذلك النصب إلا بالتعاين الصادق له ، ولا أقبل أن أضع فيه نفس ما دفعه المشتري من أضاع نفسه .

وهكذا يتبين أن الذي يؤيده الدليل أن الشفعة تثبت في كل ما انتقل بغيره ، لأن ذلك هو الذي يحقق ما شرعت الشفعة من أجله ، ولأنه لو قلنا بعدم ثبوت الشفعة فيما انتقل بغيره غير البيع لتمذر على الشركاء أن يتخلصوا من ضرر الشركة ، ومن ضرر دخول الشريك الجديد عليهم . وسيأتي لنا كيفية مصروفة ما يؤدى الشفع للمنفوخ منه في كل حالة من حالات انتقال الملك بصور غير البيع .⁽²⁾

وقد بحث المالكية في بعض طرق معاونات ، وحلوا الأحكام المتعلقة بالشفعة فيها . ومن المفيد أن نعرض لهذه الطرق وأحكامها وهي : (1) هبة الثواب . (2) نقل المبيع (3) ائقلسة .

1) هبة الثواب .

هبة الثواب هي أن يهب شخص لأخر شيئاً (نصيباً في عقار) على أن يرد له في مقابله شيئاً آخر ، ولذلك سميت هبة الثواب ، لأن صاحبها الوهاب لا يتبرع ، وإنما يعطي لياخذ ، ومن أمثلتها الهدايا التي يتبادلها الأصدقاء ، في المراسمات كالزفاف ، فإن من يدفع هدية ينتظر الهدى له بها يقابلها في مراسمة ما . وقد نهر علماء المالكية أن الوهاب هبة ثواب ، يكون مخرسراً عند ما يشبه الموهوب له " أي عندما يدفع له ما يقابل هبته " بين أن يأخذه ذلك الشيء ، وبين أن يطلب بقيمة ما وهبه ، أو أن يطلب باستره ، ذلك الشيء الموهوب . وهذا يمكن أن نقول أن هبة الثواب تشبه البيع بالخيار .

(1) انظر صفحة : 126 أي (2) انظر صفحة : 126 وما بعدها .

ونظراً إلى ما ذكرناه من أن البيع بالخيار لا تثبت فيه الشفعة للشريك إلا بعد مضي زمن الخيار وإعقاب من له الخيار عن رايه في قبول البيع ، لأنه بذلك يصبح البيع لازماً . وكذلك في أي هيئة الثواب لا تثبت فيها الشفعة لشريك الواهب ما دام لم يشب الموهوب له الواهب على حد ، لما ذكرنا من أن هيئة الثواب مثل بيع الخيار . ولذلك يبقى حق الشريك في الشفعة محفوظاً بطلان الاستدلال . فإذا دفع الموهوب له للواهب الثواب ، وأخذه الواهب ، أو أخذ قيمة الشيء الموهوب من الشفعة تثبت له حينئذ . وإن استرد النصيب الموهوب فإن شفعة للشريك . (1)

(2) الصلح .

الصلح هو أن يدعي شخص على آخر بأن له عليه شيئاً ، وأنه يملك تمقير الذي يملكه أو نصيباً منه . فيقر له بذلك ، ثم يتفق معه على أن يدفع له شيئاً آخر في مقابلة ذلك . أو ينكر تلك الدعوى ، ومع ذلك يدفع له شيئاً ليتنازل عن دعواه . ومن هنا يتبين أن الصلح يكون إما من الإقرار أو من النكار .

وتتصور الشفعة في الصلح في المثال الآتي :

يدعي شخص (علي) على شخص آخر (زيد) بأنه يملك نصيباً في العقار الذي يوجد تحسنت يد هذا المدعي عليه . فيصالحه على ذلك مقابل تنازل يدفها له . أو مقابل شقير يدفها له من عقار آخر . فإذا كان لهذا المدعي عليه شريك في ذلك العقار موضوع الصلح ، أو كان هناك شريك في العقار الذي وقع للمدعي نصيب منه . وطالب هذا الشريك بالشفعة . فإن الأمر يخلص :

أ - أن يكون الصلح قد وقع من إقراره أي أن يكون زيد قد أقر بشيئ من علي الذي يدعيه ثم صالحه على هذا الأساس . فحينئذ يثبت الحق للشريك في الشفعة . سواء كان شريكاً في العقار المتنازل حوله ، أو في العقار الذي وقع الصلح بجزء منه .

ب - أن كان الصلح عن انكاره أي أن يكون زيد ينكر ما يدعيه علي ، ولكنه مع ذلك صالحه رغبة منه في انداء الدعوى ورفع الخصومة . ففي هذه الحالة لا تمنع الشريك زيد في العقار موضوع الصلح ، أما الشريك في العقار الذي وقع الصلح بجزء منه ففيه الشفعة . (2)

ونما تثبت الشفعة في الصلح من الإقرار ، لأنه بمثابة البيع أو المعاوضة ، لأن من ادعى عليه نصيب في عقار ، فأقر به ، ثم دفع له مالا أو نصيباً في عقار آخر ، يعتبر كأنه استواه بذلك المال ، أو عوضه بذلك النصيب . فتثبت للشريك فيه الشفعة ، لما ذكرنا من أن الشفعة تثبت فيما انتقل بالبيع أو المعاوضة بخلاف الصلح عن الانكار ، فلا شفعة فيه ، لأنه ليس بمثابة البيع ولا المعاوضة ، لأن من ادعى عليه نصيب في عقار ، فأنكر هذه الدعوى ، ثم دفع مالا أو نصيباً في عقار آخر يقول : أنا لم أستر هذا النصيب الذي صالحت عليه ، لأنه ملكي ، ولكنني تخلفت من النزاع وأجرت الدعوى ، ولذلك لم يقع بيع ولا معاوضة ، فلا حق في الشفعة للشريك في ذلك العقار موضوع الصلح ، أما النصيب في العقار

(1) نولزل المحسنه في 440/3 .

(2) الرهونسي 260/6 .

الذي دفعه في مقابل الصلح ففيه الشفعة ، لان من اخذه يدعي انه توصل به عوضا عما يدعيه . فتصور بمثابة ما انتقل بمحض (1) .

(3) المناقشة .

المناقشة هي تبادل عقار بمقار : وتصور الشفعة في المناقشة فيما يلي :
 أ - ان يكون علي ومحمد وخالد . شركاء في دارين تقع احدهما في فاس ، والثانية في الرباط بحيث يملك كل واحد منهم الثلث في كل من الدارين . فيتفق علي مع محمد علي ان يتنازل له عن ثلثه في الدار التي في فاس ، مقابل ان يتنازل له محمد عن ثلثه في الدار التي في الرباط . بحيث يصبح علي لاحق له في الدار التي في فاس ، ويصير محمد غير شريك في الدار التي في الرباط .
 ب - ان يكون علي شريكا لخالد في دار بالمدينة الجديدة . ويكون محمد شريكا لزيد في دار تقع في المدينة القديمة ، فيتفق علي مع محمد علي ان يتنازل له هذا الاخير عن نصيبه في الدار التي في المدينة القديمة ، مقابل ان يتنازل له محمد عن نصيبه في الدار التي في المدينة الجديدة (2) .
 بحيث يصبح محمد شريكا لخالد بعد ان كان شريكا لزيد ، ويصبح علي شريكا لزيد بعد ان كان شريكا لخالد .

ففي هاتين الصورتين هل يحق للشريك الذي لم يتنازل ان يشفع ما يتنازل به شريكه او لا ؟ اي هل يحق لخالد في الصورة الاولى ان يشفع من يد علي نصيب محمد الذي كان يملكه في الدار التي في فاس . وان يشفع من محمد نصيب علي الذي كان يملكه في الدار التي في فاس .
 وحل يحق لخالد في المثال الثاني ان يشفع من يد محمد النصيب الذي كان يملكه علي في الدار التي في المدينة الجديدة . ولزيد ان يشفع من يد علي ما كان يملكه محمد في الدار التي في المدينة القديمة . ولا يحق لهم ذلك . روي عن الامام مالك في هذا الموضوع ثلاث روايات .

(1) ان الشفعة تثبت للشركاء في الصورتين المشار اليهما .

(2) ان الشفعة لا تثبت للشركاء في الصورتين المشار اليهما .

(3) ان الشفعة تثبت فيما اذا كانت المناقشة بين الاجانب ، كما هو الحال في الصورة الثانية ، التي فيها ان عليا أصبح شريكا لزيد وهو اجنبي عنه لم يكن شريكا معه ، كما ان محمد أصبح شريكا لخالد وهو اجنبي عنه لم يكن شريكا معه . اما اذا كانت المناقشة بين الشركاء ، كما هو الحال في الصورة الاولى اثني راينا فيها ان الاطراف شركاء في الدارين معا فلا شفعة للشريك الذي لم يتنازل .

والمعتمد في المذهب المالكي هو الرواية الاولى . وهنا على ذلك يجوز لخالد ان يشفع من يد علي نصيب محمد . ومن يد محمد نصيب علي ، فيخرج علي ومحمد من الدارين معا ، وتصبحان كلناهما ملكا خالصا لخالد . كما ان لخالد ان يشفع نصيب علي الذي صار لزيد ، ولزيد ان يشفع نصيب محمد الذي صار لخالد . وهذه تصبح الدار التي في المدينة الجديدة ملكا خالصا لخالد وتصبح الدار التي في المدينة القديمة ملكا خالصا لزيد .

المبحث الثاني انتقال الملك بغير عوض

=====

يمكننا ان نقسم الطرق التي تنتقل بها الملكية بدون عوض الى قسمين رئيسيين .

(1) انتقال الملك عن طريق الارث .

(2) انتقال الملك عن طريق التبرعات . مثل الهبة . والصدقة . والنقل .

والحبس .

ونتكلم على آراء الفقهاء فيما يتعلق بالشفعة فيما انتقل عن طريق الارث ، ثم عن فيما انتقل عن طريق التبرعات . ثم نتكلم على احكام الشفعة في التبرعات حسب المذهب المالكي .

(1) انتقال الملك عن طريق الارث .

اتفق العلماء على انه لا شفعة فيما انتقل عن طريق الارث . بحيث لو فرضنا ان دارا كانت مشتركة بين شخصين ، ثم مات احدهما فورث ولده ذلك النصيب في الدار مشتركة ، فقد يحسب للوريث ان يطلب شفعة ذلك النصيب بدعى ان هذا الوارث شريك جديد . ولم يخالف في ذلك الا المالكي احمد علماء المالكية الذي انفرد بحكايشه عن مالك ان الشفعة تثبت في كل ما انتقل ولو عن طريق الارث . ولكن هذا القول يعتبر شاذا لانه لم يسمع الا من المالكي المذكور (1) .

(2) انتقال الملك عن طريق التبرعات .

تمددت آراء العلماء حول الشفعة فيما انتقل عن طريق التبرعات . ونخلص هذه الآراء فيما يلي :

(1) يرى ابو حنيفة ان الشفعة لا تثبت الا في البيع . وهذا يعني ان الشفعة لا تثبت في سائر انواع التبرعات ، وواقفه الشافعي في عدم ثبوت الشفعة في التبرعات . وهذا يقول الحنابلة ايضا (2) .

واحتج ابو حنيفة على عدم ثبوت الشفعة في غير البيع ، بان بعض الاحاديث الواردة في الشفعة ترجح بالبيع . وهذا يقتضي ان الشفعة تثبت في البيع فقط . والاحاديث التي لم يذكر فيها بيع تحصل على هذه التي ذكرته بناء على القاعدة التي تقول بان المالك لا يملك ما لم يملكه .

كما احتجوا على ذلك ايضا بان انتقال الملك عن طريق التبرع يشبه انتقاله عن طريق الارث فيعطي حكمه . ولا يمتطي حكم ما انتقل عن طريق البيع ، لما بينهما من اوجه الخلاف التي منها :

أ - ان الشفعة فيما انتقل عن طريق البيع باخذها بمثل ذلك السبب ، لانه سيدفع ثمنه ، كانه يشترطه منه .

وإذا قلنا بالشفعة في التبرع فإن الشفيع لن يأخذه بمثل ذلك السبب الذي يأخذه به المشفوع منه .

باب القاعدة أن الشفيع في البيع يأخذ الشقص من المشفوع منه بشخصه الذي له نصيبه وذلك متعذر فيما انتقل بشيء عجز أو لا يمكن أخذه إلا بقيضه . (1)

(2) يرى ابن أبي ليلى أن الشفعة تثبت في كل التبرعات . ويحتج على ذلك ببيان الشفعة شرعت لازالة ضرر الشركة . وهذا الضرر موجود في كل شركة ولو نتجت عمن تبرع ، ولذلك يجب أن تثبت فيه . خصوصا وأن الضرر اللاحق بالتبرع عليه من الشفعة ، أخف من الضرر اللاحق بالمشتري ، لأن المشتري أقدم على شراء ذلك الشقص ، وذلك ماله في سبيل الحصول عليه ، وهذا يدل على أنه يحتاج إليه ويرغب فيه ، ولهذا يكون الضرر الناتج عن انتزاعه منه عن طريق الشفعة أعظم من الضرر الناتج من انتزاعه ممن انتقل إليه عن طريق التبرع ، لأنه لم يقدم له إلا على أنه يرغب فيه . (3)

ونحن نرى أن القول الذي يرى أصحابه ثبوت الشفعة في التبرعات هو القول الأقرب إلى الصواب ، والأرجح من حيث الدليل ، لأنه يحقق المصلحة التي شرعت الشفعة من أجلها ، وهي رفع الضرر عن الشريك القديم ، والمصل على تقليل الشباع . وقد علمنا أن هذا هو قول ابن أبي ليلى ، وهو قال الأيام ممالك في إحدى الروايتين عنه ، كما سنذكر ذلك قريبا .

وقد يتساءل المرء لماذا لم يقل أصحاب هذا الرأي بثبوت الشفعة فيما انتقل به من طريق الارث ، كما قالوا بثبوتها في التبرعات ، مع أن الشفعة في الارث تحقق نفس المصلحة التي تحققها الشفعة في التبرعات وفي غيرها . كما أن الارث يتفق مع التبرعات ، في أن كل منهما فيه انتقال الملك بدون عوض .

ويمكن الجواب على ذلك بأن الارث يختلف عن التبرع ، في أن في التبرع انتقال الملك إلى التبرع عليه بعد انقطاع ملك المالك القديم الذي هو المبرع . وهذا يعني أن التبرع عليه يعتبر مأكلا جديدا . ولذلك تثبت الشفعة تجدها للشريك الذي هو أقدم منه .

أما الارث فليس فيه انتقال الملك من مالك قديم إلى مالك جديد ، لأن الارث يتبع القاعدة المعروفة : من مات عن حق فلوارثه . ونظرا إلى أنه كان من صفات الموروث أن يستمر ملكه على الشيء ما لم يقسوته ، ولذلك انتقل المورث عنه ما مات المورث عنه بنفسه . ذلك الحق الذي كان له ، وهو الحق في استمرار ملكه على ذلك الشيء الموروث . وهذا يعني أن ملك الوارث يعتبر استمرارا لملك المورث فكانه لم ينتقل الملك من مالك قديم إلى مالك جديد ، ولذلك لم تثبت الشفعة ، لأنها لا تثبت إلا ضد المالك الجديد .

كما يمكن أن يجاب عن ثبوت الشفعة في التبرعات دون الارث ، بأن النص في ثبوت الشفعة في البيع ، وهو عمل اختياري ، ولذلك تقاس عليه كل التبرعات ، لأنها على اختياري أيضا ،

بمئات الألف الأرش ، فانه يمكن قياسه على البيع ، لانه ليس عملا اختياريا ، ولذلك لا تثبت فيه الشفعة .
(3) احكام الشفعة في التبرعات حسب المذهب المالكي .

بعد ان عرفنا ان الفقهاء اختلفوا حول ما اذا كانت الشفعة تثبت فيما انتقل عن
طريق التبرعات او لا تثبت ، وذكرنا ان الصواب هو ثبوتها فيها . نتكلم على تفصيل الاحكام
المتعلقة بهذا الموضوع حسب المذهب المالكي .

روى عن الامام مالك روايتان حول ثبوت الشفعة فيما انتقل عن طريق التبرع .
أ - ان الشفعة تجب في كل ما انتقل عن طريق التبرع ، وفي هذا يوافق ابن ابي ليلى
ب - ان الشفعة لا تجب فيما انتقل عن طريق التبرع . الا اذا اكر من الناس التحصيل
في حار التبرع واخفاء البيع لاسقاط الشفعة . وهذه هي الرواية المشهورة عن مالك .
ومضى هذه الرواية . ان التبرعات لاشفعة فيها ، الا اذا ادعى الشريك ان شريكه
اظهر انه تبرع بنصيبه للغير ، مع ان الواقع انه لم يتبرع ، وانما عمد الى ذلك ليضممه من
استعمال حق الشفعة ، وثبت ان الناس يعمدون الى هذه الحيلة لاسقاط حق الشريك
في الشفعة ، فحيث يستحق هذا الشريك الشفعة ، خصوصا اذا احاطت بالقضية ظروف
وقرائن تدل على ان الشريك يستحق ان يكون تبرع ، كان يثبت انه ليس هناك ما دفع يدفعه الشريك
الى التبرع على من انتقل اليه ذلك الشئ .

ومما ثبت ان الناس يكثرون من اللجوء الى هذه الحيلة لاسقاط حق الشريك
في الشفعة ، فان الشفعة تثبت ، ولا يكلف الشريك طالب الشفعة حينئذ باثبات ان شريكه
لم يتبرع ، وانه دفع شقصه بمضى (1) . لان اعتياد الناس على ذلك قرينة قوية على
ان ذلك الشريك لم يتبرع ، وانه فعل ما يفعله الناس من اخفاء المأوضة باظهار التبرع .
فان لم يكثر من الناس التحايل باخفاء البيع واظهار التبرع ، فلا حق للشريك في شفعة
النصيب الذي تبرع به شريكه .

لكن ان ادعى الشريك في هذه الحالة ان شريكه اخفى البيع واظهر التبرع ليضعه
من مطاردة حقه في الشفعة . فان اثبت دعواه هذه باثبات البيع الخفي ، فانه يستحق
الشفعة ، وان لم يثبت ذلك ، فان اليمين تتوجه على المتبرع عليه على انه تلقى ذلك النصيب عن
طريق القسمة فعلا وليس من طريق المعاوضة . فان حلف فلا شفعة للشريك ، وان نكس
ثبت له الشفعة .

وهذه اليمين تتوجه على كل متبرع عليه ، اولى بالشفعة ، كان ممن يتهم بأنه يمكن ان يحتال
لاسقاط حق الشريك ، اولا يتهم بذلك . (2)

(1) البشيرة 112/2

(2) البشيرة 112/2 . وهذا يجري العمل . وفي المدونة ان هذه اليمين تتوجه على المتهم دون غيره .
المصنف الوزاني 467/3 .

ولا تتوجه هذه اليمين على المتبرع ، بحيث لا يمكن للشريك ان يقول : اني اطالب
ان يحلف لي شريكى على انه تبرع حقيقة ولم ياخذ اى عوض بدله ذلك اخصم . لان من
قاعدة مفروسة تقتضي بان لا يحلف احد ليستحق غيره (1) .

وهكذا يتبين ان المشهور في المذهب المالكي انه اذا انتقل الملك عن طريق التبرع ،
فان وافق الشريك على ان ذلك التبرع حقيقي ، وانه لا يخفي معاوضة ، فلا حق له في التمسك
وان اثبت ان العقد صوري وان الواقع هو عقد المعاوضة فانه يستحق الشفعة . وان قال ذلك
الشريك اني اتهم ان يكون ذلك التبرع صوري ، وانه يمكن ان يكون شريكى قد اخفى
المعاوضة ، فانه يستحق الشفعة في الحالتين الاتيتين :

أ - اذا اثبت ان الناس يكثرون من التحايل على اسقاط الشفعة باطار التبرع واخفاء
ب - اذا وجدت قرائن تدل على ان عقد التبرع الظاهر انما هو عقد صوري يخفي معاوضة
كأن يتبين ان الواهب ليس من يصدر منه التبرع ، وكان يكون الموهوب عليه اجنبا عن الواهب لا تخطيط
ايضا علاقة تستوجب ان يتبرع احدهما على الآخر (2) .

وان لم يثبت الشريك شيئا من ذلك ، واقتصر على مجرد اتهام الموهوب له بانه تلقى ذلك
النصيب بمعاوضة ، فان اليمين تتوجه على هذا الموهوب له ، على انه لم يدفع اى عوض ، فبأن
حلف سقط حق الشريك في الشفعة . وان نكل ثبت للشريك حق الشفعة .

وقد ذكرنا ان المصلح يجسري على ان هذه اليمين (وتسمى يمين التهمة) تتوجه على
كل متبرع عليه اتهمه الشريك بانه عمل على اسقاط حقه في الشفعة بالاتجاه الى الصورية .
ومن المعروف ان يمين التهمة لا تنقلب . بمعنى ان المتبرع عليه ، اذا نكل عن حلفه ،

اليمين فان الشريك يستحق الشفعة بمجرد هذا النكول . ولا يطالب بان يحلف على ان
العقد صوري وانه يخفي عقد معاوضة .

ومعنى هذا كله ان الاصل ان التبرعات لا شفعية فيها الا اذا ثبت ان عقد التبرع خفي
معاوضة ، او قامت قرينة على ذلك ، او نكل المتبرع عليه عن اليمين عندما اتهمه الشريك
بانه اخفى المعاوضة ، وانحر التبرع ليسقط حقه في الشفعة .

وهناك بعض انواع التبرعات نص علماء المالكية على انه لا شفعية فيها . لانها لا تخفي معاوضة
وذلك كالوقف ، والوصية ، والنجاسة .

أ - الوقف . يرى علماء المالكية ان الشريك في العقار اذا حبس نصيبه من ذلك العقار
فان شريكه لا يمكنه ان يشفع ذلك النصيب من الحبس عليه . لكن يمكنه ان لا يقبل ان يلقى شريكا
مع الحبس . وحينئذ يباع ذلك النصيب المحبس ، ويحمل ثمنه في حبس آخر (3) . ويكون
من حق الشريك عندئذ ان يشفعه من المشتري .

(1) البهجة 112/2 .

(2) المهدي الوزاني 467/3 .

(3) الشيخ بناني 184/6 .

باب الوصية . اذا اوصى شخص بنصيبه في عقار مشترك لشخص آخر . فان الشريك لاحق له في شفعة ذلك النصيب من الموصي له ، لانه انتقل اليه بغير عوض .

اما اذا كان لشخص دار او ارض ، ثم اوصى بثلاث ذلك للمساكين . وعند ما مات بيع ثلثت ارضه او داره تنفيذاً للوصية ، فان الورثة يستحقون ان يشفعوا ذلك النصيب ، لانه لم يبيع حتى ثبتت الشركة للورثة . ومن حقهم ان يرفعوا عنهم ضرر هذا الشريك الجديد . وهذا هو الراي الموافق للقياس كما رأينا ، قال الخصم ، وهو الأرجح كما قال ابن الهندي ، وهو الاظهر كما قال الباجسي (1) .

ويقال به قول محسنون الذي يرى ان الورثة لا يستحقون الشفعة في هذه الحالة ، لانه يرى ان بيع الوصي كبيع الميت (2) . اي ان الموصي له يعتبر كأنه الميت نفسه ، وبناء على القاعدة التي سبق ان اشرنا اليها وهي من مات عن حقيق فلوارثه ، وان ذلك يقتضي ان الوارث والموصي له يعتبر حقه في الشيء الموروث والموصي به استمرار الحق الوارث والموصي .

ج - النحلة . النحلة هي ما يملكه والد الزوج لولده في عقد النكاح ، او يملكه والد الزوجة ابنته في عقد النكاح (3) .

ويرى المالكية ان الشخص اذا كان يملك نصيباً في عقار ، وملكه ابنه او ابنته ، فان الشريك لا يستحق الشفعة ، ولو كان النكاح قد انعقد عليها . اي ولو تم عقد النكاح على اساس تلك النحلة ، بحيث لم تقبل الزوجة الزواج من هذا الشخص الا بعد ان التزم ابوه بان ينحله ذلك النصيب الذي يملكه في المقار . ولم يرض الزوج بالنكاح من هذه المرأة الا بعد ان التزم ابوها بان ينحلهما نصيبه من المقار المشترك . فانه لا شفعة للشريك في ذلك المقار ، بالرغم من كونه قريباً من المعاوضات . وذلك لان النحلة بمنزلة الهبة والصدقة ، ولا شفعة فيهما (4) .

وهكذا نهي عن لنا ان المالكية يرون ان التبرعات لا شفعة فيها ، ما دامست لا تخفي معاوضتها .

(1) من الفرقانسي ومانسي 172/6 .

(2) نفس المصدر .

(3) اي ينصب عقد النكاح على ان والد الزوج او والد الزوجة قد نحل (اي اعطى) ابنه ابنته كمنزلة .

(4) المهدي الوزانسي 474/3 .

المبحث الثالث

الشفعة تكون عند الشريك

بعد ان عرفنا الدارق التي ثبتت فيها الشفعة ونسأل عما اذا كانت الشفعة تثبت ضد كل من انتقلت اليه الحصة الشائعة بصفة من الوسائل التي ثبتت فيها الشفعة ، سواء كان اجنبيا عن بقية الشركاء ، فان واحدا منهم . ذلك انه من الممكن ان يفوت احد الشركاء حصة الشائعة بغير اجنبي عن بقية الشركاء . كما يمكن ان يفوتها لواحد منهم او لغيرهم . لئلا تثبت الشفعة للشركاء فسيكون الصورتين معا . او تثبت في الصورة الاولى فقط . وفيما خرى . مثل تثبت الشفعة ضد كل من انتقلت اليه حصة شائعة سواء كان اجنبيا عن الشركاء او كان من بينهم ، او ان الشفعة لا تثبت للشريك الا عندما يكون المالك الجديد للحصة الشائعة اجنبيا عن الشركاء .

للجواب على هذا السؤال نسير الى ان الفقهاء اجمعوا على ان الشفعة تثبت للشركاء عندما يكون المالك الجديد للحصة اجنبيا عنهم . لان الشفعة شرعت لرفع الضرر الذي يمكن ان يلحق بالشركاء من دخول الشريك الاجنبي عنهم . كما عرفنا سابقا (1) .

اما اذا كان المالك الجديد للحصة الشائعة من بين الشركاء ، كما لو فرضنا ان عقارا كان مملوكا لثلاثة اشوة على التتابع ، ثم باع احدهم نصيبه لآخر . فهل يمكن للاخر الذي لم يبع نصيبه ، ولم يشتر نصيب اخره ، ان يال الشفعة من اخيه الذي اشترى تلك الحصة .

يوجد في هذا المسألة ثلاثة آراء .

الرأي الاول : يرى الحسن والشافعي ، والبيهاني ، ان الشفعة لا تثبت للشريك الا عندما يكون المالك الجديد اجنبيا عن بقية الشركاء . اما اذا كان واحدا منهم ، فلا يحسب لغيرهم ان يستمطوا الشفعة منه (2) .

واحتجوا على ذلك بان الشفعة شرعت لرفع الضرر الذي يمكن ان يلحق بالشركاء من دخول شريك جديد عليهم . ولا يتحقق هذا الضرر عندما تنتقل الحصة الى احد الشركاء القدامى ، لانه كان شريكا قبل ان يملك هذه الحصة .

الرأي الثاني : يرى بقية الملوك ان الشفعة تثبت ضد كل مالك جديد للحصة الشائعة ، سواء كان هذا المالك الجديد اجنبيا عن الشركاء ، او كان واحدا منهم . واحتجوا على هذا الرأي بما يلي :

(1) ان الشفعة تثبت لكل شريك بمناسبة انتقال حصة احد الشركاء الى مالك جديد ، سواء كان هذا المالك الجديد للحصة اجنبيا عن الشركاء او كان واحدا منهم لان النبي صلى الله عليه وسلم تنبأ بالشفعة لكل شريك ، وفي كل بيع . من غير ان يخصص ذلك بالحالة التي تنتقل فيها الحصة الى الاجنبيين .

(2) ان الشركاء جميعا يستحقون النصفه بسبب شركه عندما يسبق انتقال الحصة للسائل مالك جديد . وجميع الشركاء متساوون في هذا الحق ، وليس هناك ما يمنعهم من استعمال الشفعة عندما تنتقل الحصة الى احد الشركاء لا الى الاجنبي . لانه ليس هناك ما يوجب استئثار احد الشركاء بالحصة التي يحق للجميع شفعتهما .

ويمكن ان ترد على صاحب الرأي الاول بان اضافة حصص الشركاء الى حصته قد يكون فيه ضرر على بقية الشركاء .

ذلك انه حينما يضم احد الشركاء الحصة التي انتقلت اليه الى الحصة التي يملكها قد يتفوق عليهم ، ويصبح قادرا على التصديق عليهم ، والتحكم فيهم ، اما اذا بيعت هذه الحصة التي فوتهما صاحبها الى احد الشركاء ، بين جميعهم ، كى على قدر نصيبه ، كما سترى فيما بعد ⁽¹⁾ فان ذلك يؤول الى ان يرتفع كل ضرر عن جميع الشركاء .

ونظرا لوجاهة هذه الحجج ، فان كل المذاهب الفقهية تمكنت بهذا الرأي ، واثبتت للشركاء الحق في شفعة الحصة التي انتقلت الى مالك جديد ، سواء كان هذا المالك الجديد اجنبيا عن الشريك او كان واحدا منهم .

وكل المذاهب - فيما عدا المذهب المالكي - ترى ان الحصة التي تنتقل الى احد الشركاء توزع بين هذا الشريك وبين بقية الشركاء الراغبين في الشفعة .

اما المذهب المالكي ، فهو - وان كان يسير في نفع الاتجاه - من ثبوت الشفعة ضد الاجنبي والشريك ، من حيث المبدأ ، الا ان فقهاء يرون ان للشركاء مراتب ، وان بعضهم اولى من بعض ، كما سترى ذلك مفصلا فيما بعد ⁽²⁾ ، ولذلك فانهم يرون انه عندما تنتقل الحصة الشائعة الى احد الشركاء ، وبالسبب الآخرون الشفعة ، فان تطبيق مبدأ الأولوية يقتضي ان من حاز هذا المالك الجديد ان يستأثر بتلك الحصة كلها اذا كان اولى منهم بها . كما ان من حقهم ان يشفعوا منه تلك الحصة ان كانوا في مرتبة اعلى من مرتبته . اما اذا كانوا جميعا - اي الشفيق والمتفوع منه - في مرتبة واحدة ، فان الحصة توزع بينهم حينئذ على نسبة ما يملكه كل واحد منهم .

وستعود الى بحث هذا الموضوع بتفصيل عند الكلام على ما اذا كان المشتري احد الشركاء ونذكر الاحكام التي تنطبق في هذه الحالة ، حسب المذهب المالكي ⁽²⁾ .

وبالرغم مما ذكرنا من ان المذاهب الفقهية كلها تعبر على ان الشفعة تثبت ضد الشريك والاجنبي ، وانسه لم يقل بعدم ثبوت الشفعة ضد الشريك الا مدرسة من الفقهاء المتقدمين ، وبقي قولهم هذا بعيدا عن التباين ، ولم يعمل به اي مذهب - فيما نعلم - نظرا الى ان حجج الجمهور قوية راجحة . فان قوانين كل من مصر وليبيا ولبنان والصراقي ، اختارت ذلك القول النصف . حيث قررت كل هذه القوانين ان الشفعة لا تثبت الا عندما تنتقل الحصة الشائعة للسائل شخص اجنبي .

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 936 من القانون المدني المصري على ما يلي : ب : المشتري في الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع الى اجنبي .

وهو نص من الفقرة الثانية من المادة 940 من القانون المدني الليبي. ويقرب

منه نص الفقرة الثانية من قانون الملكية العقارية اللبناني.

أما القانون العراقي فإنه يحدد بين الأشخاص الذين يحق لهم الشفعة في الممسول

1129 و 1130 و 1131. وبين مراتب الحمل عند تزاوجهم نص في الفصل 1132 على ما يلي :

إذا كان المشتري للمقتار الشفوع قد تطلب فيه الشروط التي تجملها شفعيا ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من أبقائه أو من أبقائه ، ولكن يتقدم منه الذين هم من أبقائه أعلى .

ما يعني أنه إذا كان أحد الشركاء مشتريا للحصة الشائعة فإنه يفضل على باقي الشركاء ، بحيث لا يحق لهم احتمال الشفعة ضد .

وقد كان النص على أن الشفعة لا تثبت إلا ضد الأجنبي مشار غقاش في كل من مصر وسوريا

في ظل القانون القديم الذي كان يخضع أحكاما للشفعة . عمل القضاء على عدم تطبيق هذه القاعدة

واستقر الاجتهاد هناك على أن الحكم بالنسبة للشريك حتى عند ما يكون المشتري لتلك الحصة المشاعة

من بين الشركاء . وذلك عن طريق التوضيح في مفهوم كلمة الأجنبي بجعلها شاملة للشريك أيضا ، لأنه أجنبي عن تلك الحصة التي اشتراها .

أما النص الفرنسي ففسر أنه فيما يتعلق بالعقار المحفظ اعطى للشريك الحق في شفعة

شفعة كل حصة وعلى عليها البيع ، سواء كان المشتري لها أجنبيا عن الشركاء أو كان واحدا

منهم . عايقا في ذلك قواعد المذهب المالكي (1) .

أما في الدول التي لم تثبت الشفعة إلا فيما انتقل إلى الأجنبي دون ما انتقل إلى أحد

الشركاء (2) .

يمكن أن يكون مشروع قانوني التبرية المشار إليها قد تأثروا فيما قرروه من أن حصة

الشفعة لا تثبت إلا ضد الأجنبي ، بالقانون الفرنسي ، الذي يعطي الحق للورثة فيما إذا

باع أحدهم حصته في الشركة لأجنبي أن يشتروا هذه الحصة من مشتريها ، تفاديا للمضايقات

التي يمكن أن تلحقهم من دخول هذا الأجنبي معهم ، والاطلاع على أسرارهم .

الراي الثالث : وهو مروي عن أصحاب الراي الأول وهو أن الشفعة تثبت ضد الشريك

بالكيفية التي تثبت بها ضد الأجنبي ، أي أنه عند ما يشتري أحد الشركاء نصيب شريكه ،

فإن لبقية الشركاء أن يشفعوا منه جميع تلك الحصة من غير أن يتركوا له شيئا منها .

وعذا غير مقبول ، لأنه يتنافى مع مبدأ أثبت الشفعة لكل شريك على الشباع ولهذا رواه ابن

قدامة بمسألة الحكاية التي تدل على عدم الأمان حيث قال : وحكس ما بين الصباغ وبين

هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها (3)

(1) انظر صفحة : 270

(2) انظر صفحة : 363

(3) المذهب 526/5 .

الفصل الرابع

المشروع بـ

=====

المشروع به هو ما يؤديه الشفيع لنسج منه عند الشفعة مقابل حصوله على النصيب .

وقد عرفنا ان الشفعة تثبت للشريك في العقار عند ما ينتقل نصيب شريكه الى مالك جديد عن طريق البيع أو الماوضة . او غير ذلك مما سبق بيانه عند الكلام على المشروع نفسه .

ومن المعلوم ان الشريك الذي يستعمل حقه في الشفعة يجب عليه ان يؤدي للمشروع فيه مقابل النصيب الذي شتميه . وهذا المقابل يختلف باختلاف الحالات ، فقد يكون عبارة عن الثمن الذي صرفه المشتري للمشروع فيه ، وذلك عند ما يدفع هذا المشتري نقودا مقابل حصوله على ذلك النصيب . وقد يكون عبارة عن قيمة الشيء المشروع وذلك عند ما يكون ذلك النصيب صداقا مثلا . وقد يكون عبارة عن قيمة الشيء الذي دفع النصيب عوضا عنه وذلك فيما اذا دفع شخص نصيبه في حقل لشخص تصويضا عن اضرار الحقها به من جراء جرح تسبب له فيه .

وهكذا نرى ان الشفع يجب عليه ان يؤدي للمشروع فيه بمناسبة الشفعة اما مثل الثمن الذي دفعه المشروع منه او قيمته ، فيما اذا كان قد انتقل اليه ذلك الشقص عن طريق البيع . واما ان يؤدي له قيمة الشقص نفسه ، او قيمة الشيء المقابل للنصيب ، وذلك فيما اذا حصل المشروع منه على ذلك النصيب بطريق المماضات غير البيع .

وستناول الحالات التي يجب على الشفع ان يؤدي فيها للمشروع منه احد الاشياء المذكورة وذلك في محثسن :

المحث الاول

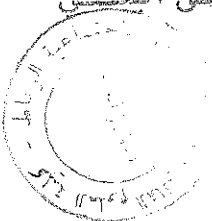
ما يؤديه الشفع في البيع والمماضات

نكلم في هذا المحث على ما يؤديه الشفع للمشروع منه عند ما ينتقل اليه الشقص عن طريق البيع ، وما يؤديه الشفع عند ما ينتقل الشقص عن طريق المماضات من غير البيع .

النقطة الاولى :

ما يؤديه الشفع في البيع

الثمن الذي يؤديه المشتري للبائع فسي مقابل حصوله على الشيء



موضوع العقد إما أن يكون مثليا ، أو حقيقيا (1) . وإما أن يكون عاجلا أو مؤجلا (2) .

(1) فإذا كان الثمن متجدا فقد اتفق الملبأ على أنه يجب على الشفيع أن يؤدي مثله عند الدفعة أن كان مثليا كدراية وكمية من القمح أو غير ذلك من المثليات . وأن كان مقوما ، كما إذا دفع الشفيع من حيوان أو ثيابا في سبيل الحصول على النصيب المشفوع فيجب على الشفيع أن يؤدي للملبأ القيمة التي كان ذلك الشيء يساويها يسوم حصول عقد البيع (3) . بحيث يدفع إلى القيمة التي كان الحيوان أو الثياب يساويها يوم عقد الصفقة بين الطرفين والشفيع فيه ، ويؤدي بها الشفيع للمشفوع منه . ولا يشترط أن يكون ذلك الشيء قد احتلف بنفس القيمة يوم الصفقة أو كانت قيمته قد ارتفعت أو انخفضت ، لأن المشرع لم يصرح بغيره . يوم انعقاد الصفقة بين الشريك والمشفوع منه . ويصرف الشفيع إذا طلب الملبأ من الثمن فان المصور في المذهب سبب الطالبي أن القاضي أن يعاينه اجتهاداً لا يزيد على ثلاثة أيام ، فان لم يحضر الثمن خسر الملبأ هذا الاجل فان حقه في الدفعة يفسد . (4)

أما الحنفية فلم يصر رأياً في الموضوع :

الراي الاول :

الرواية المنقولة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، أن القاضي يحكم بالشفقة للشفيع عند ما يطلبها وثبتت بوجوباتها . يحضر الثمن أو لم يحضره . ثم يأمر الشفيع بدفع الثمن المشفوع منه في الحال . فان لم يدفع له حيسه إلى أن يؤدي الثمن ، ولا يسقط الدفعة . وان الملبأ دفع أن يؤجله يوماً أو يومين ليحضر الثمن . فان وافق المشفوع منه على ذلك أجله القاضي . وان لم يوافق حيسه إلى أن يأتي بالثمن (5) .

الراي الثاني :

يرى محمد (صاحب أبي حنيفة) أن القاضي لا ينبغي له أن يحكم بالشفقة إلا بمحض أن يحضر الثمن أو لم يحضره . فان حكم بالشفقة قبل ذلك ثم أمر الشفيع بأداء الثمن فالتسبب اجتهاداً وأبى المشتري من أداءه هذا الاجل حيسه القاضي .

(1) المثلي : هو الذي ينوب بغيره عن بعض في الأداء ، ولا تختلف أفراده اختلافاً له أهمية . وأتم مثل للمثليات : الدود والمناصير الزراعية .

إما المشفوع فهو الذي تختلف أفراده اختلافاً له أهمية ، وذلك مثل الحيوان وقطع الأراضي والمقارن وغير ذلك .

(2) يراء بال المؤجل الذي لم يحل وقت أدائه إلا بعد المضي .

(3) القسولي 119/2 . والزرقاني 173/6 . (4) انظر صفحة : 160 .

(5) تحفة الفقهاء 57/3 .

موضوع المقد اما ان يكون مثليا او موقوتا (1) . واما ان يكون عاجلا او مؤجلا (2) .

(1) فاذا كان الثمن عاجلا فقد اتفق العلماء على انه يجب على الشفيع ان يؤدى مثله عند الشفعة ان كان مثليا كدراهم او حبة من القمح او غير ذلك من المثليات . وان كان موقوتا كما اذا دفع المشفوع منه حبة او ثيابا في سبيل الحصول على الثمن الشفيع فيجب على الشفيع ان يؤدى للمشفوع من القيمة التي كان ذلك الشيء يساويها يوم حصول عقد البيع (3) . بيد ان الامر في قيمة التي كان الحيوان او الثياب يساويها يوم عقد الصفقة بين الشريك والمشفوع منه . ويؤدى بها الشفيع للمشفوع منه . ولا انه يضمنه لما اذا كان ذلك الثمن قد احتلت به من القيمة يوم الصفقة او كانت قبضته قد ارتفعت او انخفضت . لان المتغير هو قيمة الثمن في انعقاد الصفقة بين الشريك والمشفوع من نفسه . وسنذكر ان الشفيع اذا طلب التاجر لا يحضر الثمن فان المتغير في المذهب سبب المالك ان للتاضي ان يعاينه اجلا عليه على ثلاثة ايام . فان لم يحضر الثمن خسران هذا الاجل فان حقه في الشفعة يسقط (4) .

اما الحنفية فالحكم رايان في الموضوع :

الراي الاول :

الرواية المشهورة من ابي حنيفة وابي يوسف فان القاضي يحكم بالشفقة للشفيع عند ما يخل بها وينت يوجها فيها . احضر الثمن او لم يحضره . ثم يامر الشفيع بدفع الثمن للمشفوع منه في الحال . فان لم يدفعه له حسمه الى ان يؤدى الثمن ولا يسقط الشفعة . وان طلب الشفيع ان يؤجله يوما او يومين ليحضر الثمن . فان وافق المشفوع منه على ذلك اجله القاضي . وان لم يوافق حسمه الى ان يأتي بالثمن (5) .

الراي الثاني :

يرى محمد (صاحب ابي حنيفة) فان القاضي لا ينبغي له ان يحكم بالشفقة الا بمسب ان يحضر الشفيع الثمن . فان حكم بالشفقة قبل ذلك ثم امر الشفيع باداء الثمن فالمسب اجلا وابي المثوى من اء الله هذا الاجل حسمه القاضي .

(1) المثلي : هو الذي يتوجب به من بعض في الآداء . ولا تختلف افراءه اختلافا له اهمية . وانتم مثل للمثليات : الدود والمداويل الزراعية .

اما الموقوت فهو الذي تختلف افراءه اختلافا له اهمية . وذلك مثل الحيوان وقطع الاراضي والمقارات . وغير ذلك .

(2) براء بال مؤجل الذي لم يحل وقت ادائه الا بعد المقد .

(3) التسولي 119/2 . والنزاع 173/6 . (4) انظر صفحة : 160 .

(5) تحفة الفقهاء 57/3 .

ولذلك قال الخياط يومئذ ان لا يحكم القاضي بالشفعة الا اذا اعطى الشفيع اجيالا
لا خسار الثمن ، ويبره بانه اذا يات بالثمن في ذلك الاجل فله شفعة له . وحينئذ
اذا لم يات بذلك الثمن حكم القاضي بسقوط شفيعته (1) .

(2) اما اذا كان الثمن عرجالا . فان كان مقوما . فيجب على الشفيع ان يؤتي
للمشفوع منه عند الخفصة مثل قيمته الشيء وبالرفض من كونه مقوما (2) .
وان كان مليا ، كما ان كان شققي نصيبه في عقار لشخص اخر بنقود يؤدها
له بعد مدة . ثم المالب الترتيب للشفعة ، واثبتت موجباتها . فقل يجب على الشفيع ان
يؤتي مثل ذلك الثمن حالا ، او يرب له اجلا مثل الاجل المصروب للمشفوع ضميمته ،
او يبرهن ان يبرهن او التام . اختلف العلماء في ذلك حسب الاقوال الاثنية :

(1) يرى الثاني : ان المالب يبرهن ان يحصل الثمن ، ويأخذ الشققي بمجسود
دفعة للثمن ، ومن ان يؤخر المالب الى الاجل ثم يدفعه عند حلول الاجل ، ويأخذ
الشققي بالشفعة عند ذلك (3) .

(2) يرى الثاني ان الشفيع يات بالخفصة البهينة الا اذا عجل الثمن المؤجل
لانها دخلت في حان التبرؤ .

(3) يرى الحنفية ان الشفيع يبرهن ان يحصل الثمن . ويأخذ الشققي بالشفعة
حالا . ومن ان يالم بالشفعة في الحال ويدفع الثمن عند حلول الاجل وعندئذ يأخذ الشققي
الشفيع (4) . ولا يبره ان يؤخر المالب بالشفعة الى حلول الاجل على ما رجح البهينة
ابو حنيفة (5) .

فان انتار تحصيل الثمن وكان الشيء المشفوع ما يزال في يد المالب فانه
يأخذه منه ، ويؤتي له الثمن ، ويشتد حينئذ هذا الثمن عن المشعوي .

وان كان الشيء المشفوع قد انتقل الى المشتري فانه يأخذه منه بعد ان يؤتي له
الثمن ، ويبقى حينئذ هذا الثمن عند المشتري الى ان يحصل اجله ثم يدفعه للمالب ، ولا
يجب عليه ان يدفعه له قبل حلول الاجل ، لان شرط التاجيل للثمن لا يزال ساريا بين المالب
والمشتري ولم تؤثر فيه الخفصة .

(1) تحفة الفقهاء 58/3 .

(2) الزرقاني 173/6 .

(3) الاقضية 140/3 .

(4) فتح المغيبي 334/3 .

(5) بدائع الصنائع 27/5 .

ولا يصح له فسخ ان ياخذ ان المشتري قبل حلول اجل الثمن وعلى ان لا يفسخ الثمن الا عند حلول اجله . ان كان الاجل انما ثبت بالاتفاق بين البائع والمشتري على ذلك ، وليس اثنان بين البائع والمشتري حول ذلك ، كما ان البائع اذا كان قد رضي بتأخير المشتري بالثمن ، فليس له ان يرضي بتأخير الشفع بذلك ، لان الناس يختلفون من حيث قدرتهم على الاداء واستعدادهم لذلك . (1)

(4) اما الملكية فيرون ان الحكم يختلف بحسب ما اذا الب الشريك الشفعة

في بداية الاجل او اثناءه .

أولاً : اذا الب الشفع بالشفعة في ابتداء الاجل . فاما ان يكون الشفع مليئاً

بالثمن او لا يكون كذلك .

في الحالة الاولى يعني انما كان الشفع مليئاً بالثمن . اي اذا كان الشفع يوم مطالبة بالشفعة قادراً على اداء الثمن ، فله ياخذ بالشفعة الآن . ولا يؤدي الثمن الا عند حلول الاجل . (2)

ولا يجوز للمشتري ان يحصل بالبائع بالثمن على الشفع (اي ان يقول المشتري للبائع : خذ الثمن الذي في نفسي من الشفع عند حلول الاجل) لان فيه بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز . والحالة الاصح الا اذا كان بين البائع والمشتري لم يحصل على المشتري ، لما ذكرنا من ان البائع باع للمشتري بثلث مؤجل ، والشريك قام يطالب بالشفعة في ابتداء الاجل اي قبل حلول اجل الدين . (3)

وفي الحالة الثانية / وفي حال اذا لم يكن الشفع مليئاً يوم مطالبة بالشفعة .

أما فان كان المشتري مليئاً او لم يكن ، ولكن عدمه اقل من عدم الشفع . فيجب على الشفع اما ان ياتسعي بثلث من ثمنه ، يضمن اداءه للثمن عند اجله (4) . واما ان يؤدي الثمن معجلاً (5) ان امكنه ذلك ، ويأخذ الشفع بالشفعة حالاً .

(1) الهدايمة 429/7 .

(2) يحتمل ان الحكم يستبر يوم الاخذ بالشفعة . ولا يكفي تحقق ملكه يوم حلول الاجل في المستقبل مراعاة لحق المشتري . ولم يراع خوف طر وعسره قبل حلول الاجل لانفسا نلني الطواريء نظرا لوجود ما يصحح العقد عند انبرامه .

(3) التاودي والتسولي 119/2 .

(4) التاودي والتسولي 115/2 .

(5) الزرقاني 175/6 .

فان لم يات بضامن وتسلم يعجل الثمن ، فان المشتري بالخيار بين ان يطلب الحكم على هذا الشريك بسقوط حقه في الشفعة بحيث لا يبقى له اي حق فيها بعد ذلك (1) ، ويمكن ان يتمسك بالطلب الذي تقدم به الشريك بالشفعة ، ويقول : ان الشفعة لزمته حينما طلبها ولا اقبله فيها . وحينئذ يباع النصيب الذي هو موضوع الشفعة - على حساب الشفع - مسرع النصيب الذي يملكه الشريك طالب الشفعة (اذا لزم الامر) ويؤدي من ثمنها للمشتري حالا ما خرفه بمناسبة شرائه لذلك النقص (2) . ويكون هذا المشتري مخيرا بين ان يعجل للبائع الثمن الذي اشترى به ذلك النصيب وبين ان يتركه عنده الى ان يحل الاجل المتفق عليه ، لان البائع رضي ان يكون الثمن مؤجلا .

ب - وان كان المشتري في درجة الشفع من العدم او اكثر ضمه عسرا . بان كانا معا غير تاديين على اداء الثمن في وقت ابراء الشفعة ، فان للمالكاة قولين في المعالة :

القول الاول :

انه يجب عليه اما ان ياتي بالثمن الآن ، واما ان ياتي بضامن يضم اداءه للثمن عند حلوله ، ويستحق الشفعة الآن . فان لم يفعل شيئا من ذلك ، كان للمشتري الحق في ان يطلب الحكم بسقوط الشفعة ، او الحكم بالشفعة " مثل ما في الحالة السابقة " . ويلزم المشتري بان يؤخر الشفع بالثمن وان يرضى بذمته . بدعوى ان هذا المشتري مسؤول في العدم ومع ذلك باع له الشريك نصيبه بثمان مؤجل وتسلم يطلب له ضامنا ولذا لم يتمسك بطلب على المشتري ان يعامل الشفع بالمثل وان يرضى بذمته فيؤخره بالثمن بدون ضمان . لان المشتري قد يقول : انني مسؤول عن اداء الثمن للبائع عند الاجل . كما يمكنه ان يقول : يجب ان البائع تنازل لي عن الثمن او وظيفه لي فعل يجب علي ان اتنازل عنه للشفع او احبه لسه .

القول الثاني :

انه لا يلزم الشفع باحضار الثمن او الضامن ، وانما يستحق الشفعة الآن ويجب على المشتري ان يؤخره بالثمن الى حلول الاجل . اي انه يجب على المشتري ان يعامل الشفع كما عامله البائع . فبما ان البائع رضي بتأخير المشتري بالثمن مع علمه بمصره ، فكذلك يجب على المشتري ان يرضى بتأخير الشفع بالثمن الى الاجل وان كان مضمرا . وهذا القول الثاني هو الذي اختاره للخصم ، وعليه اقتصر الشيخ خليل في مخرجه . ولكن القول الاول هو الذي يؤيده الدليل الذي اشرنا اليه .

وهذا يتبين ان الشفع اذا كان معه ما تملكه اما ان ياتي بالثمن او بضامن يتمسك اداء الثمن للمشتري عند حلول الاجل .

(1) التوسلي / 120/2 .

(2) الزقاني . 175 / 6 نقلا عن ابن حبيب .

ولا يجوز ان يكون البائع للتصيب هو الضامن ، اي لا يجوز ان يضمن البائع الشفيع للمشتري وقد علل كثير من الفقهاء (1) ذلك بان البائع قد ينتفع بهذا الضمان . وذلك لانه يمكن ان يكون قد باع ذلك التصيب للمشتري بثمن لا يساويه ، فيخاف اذا لم يشفع الشريك وحان الاجل فلم يقصد ان يضمنه على اداء الثمن ويبيع ذلك التصيب لياخذ البائع ثمنه الذي باعه به ان لا يخطي ثمنه ما باعه به ولا يجد عند المشتري ما يكمل به ذلك الثمن ، فلذلك يعتمد الى ضمان الشفيع تجاه المشتري ليضمن حصوله على الثمن عند الاجل ، ونظرا الى انه يمكن اذا لم يقدر الشفيع على اداء الثمن ان يبيع ذلك التصيب الذي هو موضوع الشفعة مع التصيب الذي يملكه هذا الشفيع ، ولذلك ينتفع البائع بضمانه للشفيع ، وهذا يخالف القاعدة التي تقتضي بان الضمان يجب ان يكون بين من نفس ، لانه كالسلف .

لكن التسولي يرى انه من الاحسن ان يعزل منع البائع من ضمان الشفيع بان هذا الضمان يعتبر في الحقيقة حوالة . لانه ما دام ينتج عن هذا الضمان ان الشفيع اذا عجز عند الاجل عن اداء الثمن ان لا يطلب البائع المشتري بالثمن فكانه قال له عند الضمان : انما اقبل ان اتبع الشفيع في هذا الثمن وارضى ان يبقى في ذمته الى الاجل ، وهذه حوالة في معانيها ، وان كان ظاهرها الضمان (2) . وقد علمنا ان احالة المشتري للبائع على الشفيع لا تجوز لصا فيها من بيع الدين بالدين .

وانما كان هذا التعليل احسن من التعليل الاول . لانه يشمل حتى الحالة التسيي يكون فيها البائع قد باع للمشتري التصيب بما يساويه (او اقل) . بخلاف التعليل الاول ، فانه لا يتصور الا فيما اذا باعه باكثر من ثمنه كما راينا .

ويمكن ان نجيب بان مقصود الفقهاء من التعليل الاول ان البائع يتهم بانه خاف ان لا يحصل على الثمن من المشتري . فلذلك لجأ الى ضمان الشفيع . ومعلوم ان مجرد اتهام البائع بانه عمد التسيي الضمان لينتفع منه كاف في منعه من الضمان ، لانه يجب ان يكون الضمان خاليا من اي نفع مادي . وخاليا حتى من اتهام الضامن بالانتفاع بضمانه .

ثانيا : اذا طالب الشريك بالشفعة بعد ان مضى بعض الاجل او حينما حل اجل الثمن ، فانه يستحق الشفعة اذا ادى الثمن .

فان طالب الشريك ان يضرب له اجل مثل الاجل الذي منح للمشتري فهل يستجاب لذلك او لا .

اشتد المالكية في هذا الموضوع على قولين :

القول الاول : انه يمنح اجلا مثل الاجل الذي يمنح للمشتري ، وهذا هو القول الممتمد

في المذهب المالكي ، ومنه يقول ابن عاتق ، وابن الصاجشون ، وابن حبيب ، ومنه

ابن يونس ، وابن رجب (3) . ونسب التثاني لـ (4)

(1) هذا التعليل اصله لابن رشد ، ونقله ابن سلون ، وابن القيم ، وغيرهما ، وسموه ، الثاني ، والتسولي 119/2 . والمصنف 65/8 . (2) التسولي 119/2 . (3) الزرقاني 175/6

(4) ذكر الرهوني ان الاكثر لم ينسبه لـ مالك ، ولذلك فان في هذه النسبة خلافا . الرهوني 175/6 .

وقال الخصمي فيه انه الاحسن ، لان الماترى ملك ذلك النصب واستثنى طيلة الاجل ثم بعد ذلك ادى الثمن ، ومن حق الدريك الشفيع ان يملك ويستفيع غداً مثل ذلك الاجل ثم يوفى الثمن (1) .

القول الثاني :

انه لا يمتنع ذلك الاجل ، ولا يجاب للطلبه ، لان الاجل الاول قد ضرب لكل من المشتري والدريك . وهذا قال مالك ، واصبح وغيرهما (2) . وبه جرى الفصل في فاس (3) .

النقطة الثانية :

ما يوفى به الشفيع في المعاوضات

سبق ان عرفنا ان الملكية والشافعية يرون ان الشفعة تثبت في كل ما انتقل بموخره سواء كان ذلك عن طريق البيع او عن طريق غيره من المعاوضات ، وقد عرفنا ايضا ان الشفيع يمكن ان يكون عوضاً في صور كثيرة ، ومنها ان يدفع الزوج لزوجته نصيبه في عقار صداقاً او تدفع الزوجة لزوجها نصيبها في عقار مقابل ان يتلقاها ، ومنها ان يدفع في مقابل ارض الجنيلة او يدفع عند الصلح عن مال او عن دعوى . وفي كل هذه الحالات يثبت الحق في الشفعة للشرعك في ذلك المقار . اما الموضع الذي يوفى به هذا الشفيع للمشفوع منه فانه تارة يكون عبارة عن قيمة الشقص المشفوع نفسه . وتارة يكون عبارة عن قيمة الشيء الذي كان الشقص المشفوع عوضاً عنه . (1) فاذا كان المقابل الذي حصل له المالك للشقص مقابل تنازله عنه مما لا يمكن معرفته قيمته ، وذلك كما اذا كان الشقص صداقاً ، او مقابل الخلع ، او تعويضاً عن الضرر الناتج عن جرح من فيسر الجروح التي حد لها الشارع قدراً معيناً من الدية (4) . فان علم الشفيع ان يوفى للمشفوع منه القيمة التي كان الشقص المشفوع نفسه يحاويها يوم عقده الزواج ، او الخلع ، او الصلح عن الجرح المشار اليه . سواء كان ذلك الشقص قد بقي ممتلكاً بنفس القيمة الى يوم الاخذ بالشفعة ، او ارتفعت قيمته ، او انخفضت . لان المعتبر هو اليوم الذي وقعت فيه المعاوضة .

ويرى الشافعية ان على الشفيع - فيما اذا دفع الشقص في صداق او خلع - ان يوفى للمشفوع منه صداق المثل ، ولو كان هذا الصداق اكبر من قيمة ذلك الشقص (5) . واذا دفع الزوج الدية لزوجته مقابل الشفعة عند الخلع فليس الشفيع ان يوفى لها قطعة المثل (6) .

(1) الرشودية 261/6

(2) الزرقاني 175/6

(3) بنان 175/6

(4) يرى الامام مالك ان القتل العمد والجروح الممدة لا تجب فيها الدية عند الخلع وانما يكون للطرفين ان يتفقوا على التعويض عن القتل او الجرح كما شاؤوا . المدونة الكبرى 230/4 .

(5) تحفة الحبيب 139/3

(6) الشرائف 147/2

وانما اوجب الشافعية على الشفيع مضر المثل في الصداق والتلويح لانهم يرون ان الشفيع
دفع مقابل البضع والبضع له قيمة معروفة وهي مضر المثل (1).

ونرى ان الصواب مع المالكية ولان الزوج قد يدفع لزوجه عند الزواج او العتق صداقا
او معة يفوقان بكثير صداق ومعة امثالهما . كما ان الزوجة قد تقبل صداقا او معة يقاس
بغير من صداق ومعة المثل نارا للمعرفة الشافعية التي تربط بينهما . ولا وجود لشيء من ذلك
بين الشفيع والمشفوع منه . لانما لا تربطهما الا ما يربط بين ابائع والمشتري . ومن المعروف ان
كل واحد منهما يسعى الى تحقيق التعادل بين ما يأخذ . وبين ما يهبه .

(2) اذا كان من الممكن ان تصرف قيمة المهر الذي حصل عليه صاحب الشفيع مقابل
تأثره عنه للمشفوع منه . فانه يجنب على الشفيع في هذه الحالة ان يؤدى قيمة ذلك المهر
بحيث يقوم ذلك المهر لتصرف قيمته يوم المداومة ويؤدى هذا التلويح . وذلك كمن
في الامثلة الآتية :

أ - الماقلية . حيث يتنازل كل واحد من الطرفين عن نصيبه في عقار مقابل حصوله
على نصيب الآخر في عقار آخر . فاذا طالب الشريك في احد المقارين (او في المقارين
ما) بالفضة فانه يجنب عليه ان يؤدى للمشفوع منه قيمة النصيب الذي حصل عليه
هذا المشفوع منه .

ب - في الصلح عن جرح خطأ . اذا تسبب شخص خطأ في جرح غيره . ثم
وقع بينهما صلح على ان يدفع هذا الجاني نصيبه في عقار للمجنس عليه تمويضا
له عن ذلك الجرح . فانه ينظر الى ارش ذلك الجرح . كم يساهي من الدية .
اي مثل حدى له الشار نصف الدية او عشرها او ثلثها او غير ذلك . ثم يقوم
ذلك الجزء من الدية . ثم يطلب الشفيع بان يؤدى تلك القيمة للمشفوع منه .
ونظرا الى ان ارش الجنائية في الخطأ . اذا زاد على ثلث الدية فان الماقلية
(اي عشيرة الجاني) هي التي تسوء به للمجنس عليه بالتقسيم على ثلاث منسوبات
وان الماقلية اذا كانت اهل ابل فان الدية تكون من الابل . وان كانت من المتاملين
بالذهب . كانت الدية من الذهب . وان كانت من اهل الفضة . فالدية من الفضة (2)
فان ذلك كله يدخل في الاعتبار عند التقويم . بحيث يقال : كم يساهي هذا الجزء من
الدية الذي وجب للمشفوع منه على اعتبار انه من الابل . وعلى اساس انه لا يدفع دفعة
واحدة . وانما يدفع على ثلاث دفعات خلال ثلاث سنوات . فاذا قيل ان قيمته على
هذه الاعتبارات . عشرة الف درهم فيجب على الشفيع ان يؤدى للمشفوع منه خمسمائة
عشرة الف درهم مقابل حصوله على النصيب المشفوع (3).

(1) الاقلية 144/3

(2) الدية مائة من الابل . او الف دينار من الذهب . او عشرة آلاف درهم من الفضة .

(3) الزرقاني 174/6

وسرى ابن القاسم أن هذه القيمة تقسطن على الشفيع ، كما تقسطن على المقتضى . (1)

ج - إذا كان النصيب في مقابل عمل ، إذا دفع الشريك نصيبه في عقار اجرة شخص مقابل عمل قام له به . كما لو فرضنا أن طيبا قام باجراء عملة جراحية لتخفيف مقابل جرة في عقار ، فإن الشريك إذا طالب بالشفعة يؤدى للمنفوع منه قيمة تلك العملة . وكما لو فرضنا أن شخصا استاجر شخصا ليقوم له بعمل مدة سنة مثلا ، وأنفق الطرفان على أن يكون المقابل لهذا العمل هو أن يدفع المتأجير للأجير نصيبه في عقار ، فإن الشريك إذا طالب بالشفعة يؤدى للمنفوع منه قيمة ذلك العمل . بحيث يقوم العمل الذي قام به ذلك الأجير بقيمة تلك المدة في الشفيع للمنفوع منه تلك القيمة مقابل الشفيع المنفوع . وهذا هو مذهب الشافعي ، وفي ذلك يقول الشوكاني : وفي اجرة اجرة مشر تلك المدة (2) .

وهكذا يتبين لنا أن الشفيع يجب عليه أن يؤدى للمنفوع منه مطلقا عن النصيب الذي شفعه منه . وهذا المقابل : إما مثل الثمن أو قيمته فيما إذا انتقل الشفيع إلى المنفوع منه بشرا . وإما قيمة الشفيع نفسه ، وذلك فيما إذا انتقل الشفيع إلى المنفوع منه بمعاوضة غير البيع ، ولم يكن من الممكن معرفة قيمة المنفوع الذي دفع الشفيع في مقابلته ، وإما قيمة الشيء الذي دفع الشفيع عوضا عنه ، وذلك فيما إذا انتقل الشفيع إلى المنفوع منه بمعاوضة غير البيع ، ويمكن معرفة قيمة ذلك المنفوع .

المبحث الثاني

عناصر الثمن وأقسامه

بعد أن عرفنا ما يؤدى به الشفيع للمنفوع منه في مقابل حصوله على الشيء المنفوع ، نشير إلى أنه يجب على الشفيع أن يؤدى زيادة على الثمن ككل مما صرفه المنفوع منه بمناسبة تملكه للشيء المنفوع . وما أن ذلك الثمن قد يطرأ عليه تغيير بزيادة أو نقص وقد يكون غير مشروع إلى غير ذلك من الأضاف التي يمكن أن تلحق الثمن ، فإننا سنخصص هذا المبحث للكلام على عناصر الثمن ، ثم على الأضاف .

أولا : عناصر الثمن

كما يلزم الشفيع بأن يؤدى للمنفوع منه الثمن الذي اداه لليافع ، على حسب

(1) الحاشية 317/5

(2) الشوكاني 147/2

مابيناه فيما سبق . يلزم بان يؤدي جميع المصاريف التي صرفها المذموم منه سواء بمناصفة دعوى ماله بته بالاخت بالشفعة او اسقاطها .

أ - مصاريف الشراء . وتستعمل على : (1) اجرة المصار . او السداد لـ (2) واجرة كاتب الوثيقة اذا كان المشتري قد ادانها فعلاً . وكانت اجرة مقبولة . (1) (3) المكسوس . وهو ما اخذ من المشتري عند الشراء (2) لمن تصحى تحتها بر حوائج التحفيظ) لانه مدخول عليه . ولان المشتري لم يتوصل بالشفعة الا بینه .

ب - قيمة البناء والفسوس . سيأتي لنا ان المشتري اذا بنى او غرس في النصب الذي اشتراه فان الشفوع يلزمه ان يؤدي له قيمة ذلك البناء او الفسوس . ولمرئسة كيفية تحديد هذه القيمة يجب الرجوع الى ملك ببناءه عند الكلام على موضوع بناء المشتري في الشفيع او فوسسه (3) .

ج - مصاريف الدعوى . سيأتي لنا ان للمشتري ان يرفع دعوى على الشفيع يطلب فيها الحكم عليه بالاخذ فوراً بالشفعة او الحكم عليه بسقوط شفعته . فاناذا رفع المشتري هذه الدعوى وترى الشفيع الاخذ بالشفعة فانه يؤدي حوائج الدعوى مع الثمن وما بقي المصاريف . (4)

ثانياً : اوصاف الثمن .

هناك احكام خاصة تنطبق على الثمن عند ما تناهراً عليه اوصاف معينة وذلك كما هو الشأن بالنسبة للحالات الآتية :

(1) اذا اخذ المذموم منه الشفيع موضوع الشفعة في مقابل دين كان له على مالكه .

(2) اذا دفع المشتري للبائع غير ما وقع عليه العقد .

(3) اذا كان الثمن شيئاً غير مشروع كالخمر ~~.....~~

(4) اذا زاد المشتري للبائع شيئاً بمسك العقيد ~~.....~~

(5) اذا حدث انبثاع عن المشتري جزءاً من الثمن .

(6) اذا استحق الثمن او اذبحر فيسه ~~.....~~

(7) اذا باع الشريك الشفيع وغيره في عقد واحد ~~.....~~

(8) اذا ادعى المشتري نسيان الثمن او جعله ~~.....~~

(9) اذا شفيع الشريك قبل علمه بالثمن ~~.....~~

(10) اذا لم يتوصل المذموم منه الثمن من الشفيع ~~.....~~

(1) اما اذا دفع اكثر من المعتاد فلا يلزم الشفيع الا المعتاد من الاجرة . التسولي 120/2 .

(2) الزرقاني ~~.....~~ 174/6 .

(3) انظر صفحة : 196 . (4) انظر صفحة : 156 .

وتكلم فيما يلي على أحكام هذه الحالات . ثم ننتقل الموضوع بالكلام على حق

المشفع منه في ان يحل مكانه المشفع الى ان يتوصل بالثمن .

أولاً : اذا حل المشفع منه الذ قص موضوع الشفعة مقابل دين كان له على مالكه .

لو فرضنا ان شخصا كان مديونا لشخص يملك من المال او بشيء محدد بصفاته .

ثم اتفق الطرفان على ان يخلص الدين بتسيه الذي يملكه في عقار معين للدائنين

مقابل الدين المذكور يتجلى عليك في ذلك العقار بالشفعة . فقد اختلف المالكية حول ما

يؤديه هذا الشفع للمشفع منه . على ثلاثة اقوال :

(1) قال ابن النجاشي وحده : انه يؤدى قيمة ذلك الدين الذي فسخ

الذمة سواء كان الدين عليا كراهم ، او مقوما كتوب (1) . لان المثليسات

اذا كانت غير اذمة فهي بمثابة المقومات عند صاحبي هذا القول .

(2) قال ائمة حنابلة وابن المواز : اذا كان الثمن مثليا . ادى الشفع مثليته

وان كان مقوما ادى قيمته . (2)

(3) ذهب الحنابلة . ان المشتري يؤدى مثل الثمن سواء كان مثليا او مقوما . (3)

ثم ان كان ذلك الدين قد حل يوم الشفعة فان على الشفع ان يؤدى مثله حالا .

وان كان لم يحل بعد ، فلا يؤديه للمشتري الا عند حلول الاجل . هكذا نقل

البايجي وابن مبرزوق عن الواحشية . ولو غلظه والحواب كما ورد في الموازية ان المشتري

هو يوم النقد الذي وقع بين المشفع منه والشريك صاحب النصيب المشفع ، بحيث اذا كان

ذلك الدين حالا فان على الشفع ان يؤدى الثمن يوم الشفعة . وان لم يكن حالا

عند ذاك ناهي الشريك يؤجل مثل ذلك الاجل (4) .

ثانياً : اذا دفع المشتري للبائع غير ما وقع عليه العقد .

لو فرضنا ان شخصا باع نصيبه في عقار بثمن معين ، ثم دفع المشتري للبائع

شيئا اخر عوضا عن هذا الثمن . كشياب او قمح او غير ذلك . ويصدق ذلك على الشريك

في ذلك العقار بالشفعة . فماذا يدفع هذا الشفع للمشفع منه مقابل الشقص المشفع .

في الذنوب المالكية خمسة اقوال :

(1) انه يؤدى ما وقع عليه العقد . يقطع الناصر عما دفعه المشتري فعلا . وهذا

هو الراجح لانه قول ابن القاسم . وهو الظاهر لان الثمن هو الذي وقع عليه العقد . (5)

(1) الشيء المقوم اذا كان موضوعا يعتبر كانه مثلي ، ولذلك يمكن ان يدخل في ذمة الشخص .

لما هو مقوم من ان الذمة لا تنحل الا بالمديات التي يتأب عنها . اما المقومات فلا تدخل في الذمة .

(2) فتاوى المعاصير 220/1 وقد علق على هذا القول بانه غلط .

(3) فتاوى الموجب .

(4) فتاوى المرجع .

(5) بناتجسي 173/6 نقلا عن أبي الحسن .

(2) انه يؤدى ما اياه المشتري فصلا ، بقطع النظر عما وقع عليه المقصد

(3) انه يؤدى ما وقع عليه المقصد الا اذا كان المقصود عليه ذهابا والمؤدى نفسه (1)

فيؤدى نفسه

(4) انه يؤدى الاقل من مالا . بحيث اذا دفع اقل مما وقع عليه المقصد

فيؤدى التبع ما اياه المبيع ، واذا دفع اكثر مما وقع عليه المقصد فلا يؤدى التبع الا ما وقع عليه المقصد (2)

(5) يخبر المبيع بيباع . يؤدى ما اياه المشتري ، او ما عقد عليه ، ولكن صاحب

هذا التبع يرى ان الحصص ان يدفع ما وقع عليه المقصد (3)

قال : اذا كان الشئ شيئا غير مشروع .

اذا باع التريك نصيبه في المتار مقابل شيء لا يجوز التماطي به بين المسلمين ، كما لو كان عقارا مشتركيا بين مسلم وكافر ، ثم باع الكافر نصيبه لكافر ايضا ، مقابل مقدار من اضرار او حصة من الخنزير ، ثم طالب الشريك المسلم بالشفعة ، ففسخى المذهب الطائفي قولان على ما يؤدى به هذا الشفيع للمشتري .

القول الاول : انه يدفع للمشتري قيمة الشئ الذي كان يساويهما يوم عقد الشفعة بين الشريك البايع والمشتري منه وهذا القول لا يثبت . وهو يفسخ على ان الضرر والخسار لا يمكن تقويمهما على المسلمين ، ونجاستهما (4)

القول الثاني : انه يدفع القيمة التي كان يساويها الضرر او الخنزير يوم وقوع البناءة على ما اذا كان الشئ شيئا مقوما . وهذا القول لابن عبد الحكم . وهو الذي يفتى مع صاحب ابن القاسم الذي يرى ان الضرر والخنزير اذا كان بملكهما (6) تدراعي ، وتلكما له عظم ، فانه يضمن له قيمتهما (5) . وهذا يقول الحنفية . واذا كان الشفيع نصرا نيسا ايضا نانه يؤدى للمشتري منه مثل الضرر ، وقيمة الخنزير (7)

(1) يمانى 173/6 نقل عن ابن عرفة . وذكر الخطاب ان هذا القول لابن عبد الحكم . الخطاب 316/5 .

(2) نسيب الخطاب هذا القول لابن عبد ومنه من سحنون . الخطاب 316/5 .

(3) الرهونسي 259/6 .

(4) يقول ابن الطنجشون : ان المسلم اذا استهلك مالا نصرا نسي فلا يطالب بقيمتها .

(5) الخطاب 16/6

و67 فتح المبين 334 /3 والنداء 430/7 .

أيضا : إذا زاد المشتري للبائع شيئا بعد العقد .

إذا باع شخص نصيبه في العقار ببالغ معين من المال ، ثم زاد المشتري للبائع مائتة ، أخير بعد ذلك . ثم طالب الشريك بالشفعة ، فإن المالكة يرون أن الشفع لا يلزم بأن يؤدي للمشتري المشفوع منه ذلك الشيء الذي زاده للبائع (1) . فإذا طالب المشتري من البائع بأن يرد له ذلك الزائد الذي أخذ منه فإنه يستحق ذلك إذا حلف على أنه إنما دفعه له ليكون مانعا للشريك من الشفعة . أما إذا لم يحلف فلا يستحق ذلك (2) . لأنه يعتبر حينئذ قد تبرع للبائع بذلك الزائد . ويرى الحنفية أنه لا يحق للمشتري أن يرجع على البائع بما زاده منه (3) .

فأما : إذا حط البائع عن المشتري جزءا من الثمن .

إذا وقع عقد البيع على ثمن معين ، ثم بعد ذلك حط البائع عن المشتري جزءا من ذلك الثمن ، بحيث لم يؤد الثمن كله للبائع .
أ ب فإن كان ذلك بسبب عيب ظهر في النسيب الذي وقع عليه العقد فإنه يحسب قطعا عن الشفع (4) بحيث لا يؤدي للمشتري إلا ما اداه فعلا . سواء كان العيب السني وقع الحط بسببه جسيما يحط به الحق للمشتري في نفس البيع ولكنه تنازل عن هذا الحق مقابل ذلك الجزء الذي حطه البائع عن المشتري . أو كان العيب خفيفا لا يخطي إلا الحق في انقاص الثمن . أو كان جسيما ولكنه تمذر ففسخ العقد بسبب حدوث عيب في المبيع عنف المشتري ، فحط البائع عن المشتري بعض الثمن في مقابل ذلك العيب القديم . فإن الشفع لا يؤدي في هذه الحالات للمشفوع منه إلا ما اداه فعلا (5) . (ب) ان يخطئه طبعا ما يقابل العيب الجديد الذي حدث عند المشتري .

ب ب أما إذا لم يكن ذلك الحط بسبب عيب في المبيع ، وإنما وهب البائع للمشتري جزءا من ذلك الثمن ، فإن الحكم يكون كما يلي :

(1) إذا كانت المادة تقضي بأن يحسب على المشتري جزء من الثمن . مثل ما يعرفه لنا بباب الله (ومثل ما جرى به العرف من أن البيع بالمزايدة تطرح فيه عن المشتري الزيادة لسان الأخيرتان) فإنه يحسب عن المشتري أيضا . سواء كان الباقي بعد هذا الحط يمشي للثمن العادي للشفع أو كان أقل منه .

(2) إذا كان الباقي من الثمن بعد الحط يساوي الثمن العادي للشفع . فإنه يحط عن الشفع أيضا . سواء كان هذا الحط مطعنا تجري به المادة أو لم تكن هناك عادة تقضي به (6) .

(1) هذا هو رأي الحنفية . النهاية 427/7 . والشافعية . فتح العزيز 356/11 .

(2) التسوية 118/2 نقلا عن المصنفين . (3) المعاصم 85/1 .

(4) الزرقاني 191/6 . (5) التسوية 118/2 .

(6) الرهن 306/6 نقلا عن أبي علي بن رجا .

(3) اما اذا وهب البائع للمشتري جسرا من الثمن ، من غير ان تقضي بذلك صراحة ، وكان الباقي من الثمن لا يشبهه ان يكون ثما عا دينا للشخص ، فانه لا يحسب عن الشفع شيء منه ، وانما يجب عليه ان يؤدى الثمن كله . لان ذلك الحسب يعتبر تبرعا من البائع للمشتري .

والبيعة الحال اذا حط البائع عن المشتري كل الثمن فانه لا يحسب عن الشفع اليك ، لان ذلك يعد تبرعا .

ويرى الحنفية ان ما يحسب على المشتري يحسب على الشفع في جميع الحالات ، لان الباقي هو الذي يعتبر الثمن الحقيقي . سواء كان هذا الحسب قبل الشفعة او بعدها ، وسواء كان الشفع قد ادى الثمن للمشتري اولا .

وقد وقع الحسب بعد ان تنازل الشريك عن الشفعة ، فيمكنه ان يرجع في تنازله فيطالب بالشفعة كما لو تنازل عن الشفعة لكذب في الثمن (1) .

سادسا : اذا استحق الثمن او ظهر فيه عيب .

اذا اشترى شخص نصيبا في عقار مقابل مبلغ من النقود ، او اشياء مثلية ، او اشياء موقوفة . ثم تبين ان هذا الثمن طاك للخير ، فاسترد ما لكه ، او تبين انه معيب فرد البائع للمشتري . فان الحكم بالنسبة للشفعة يكون كما يلي :

(1) اذا كان ذلك قبل ان يستعمل الشريك حقه في الشفعة ، فان الشفعة تسقط (2) (لما سبق ان ذكرنا من ان الرد بالعيب يستلزم نقلا للبائع) (3) . الا اذا كان الثمن عبارة عن مال من النقود فلا يسقط حق الشريك في الشفعة اذا استحق ذلك المبلغ اورد بالعيب (4) كما اذا تبين انها زائفة .

(2) اذا كان ذلك بعد ان استعمل الشريك حقه في الشفعة ، وبعد ان ادى للمشتري ثمن ما دفعه للبائع او قيمته . فان البيع يبقى صحيحا ، وكذلك ما ترتب عنه من الشفعة ، ويبقى للمشتري ما دفعه له الشفع سواء كان ذلك يساوي قيمة الشقص ، او يزيد عنه .

كيسرا . او يقل عنه كثيرا (5) .

(1) فتح الميعين 334/3

(2) الزرقاني 191/6

(3) ارجع الس صفح 106 .

(4) المرجع السابق نقلا عن التتائسي .

(5) الزرقاني 191/6 ولا يامر من الاشارة الى ما يؤدى به المشتري للبائع مقابل الثمن الذي استحق منه او تبين فيه عيب فرد المشتري .

اذا كان ذلك الثمن نقودا فان على المشتري ان يؤدى له مثلها قدرا او نوعا .

بعد اذا كان شيئا مثليا كخبر او قمم او غير ذلك من المثليات او كان مقوما كحيوان وكان حاضرا حين البيع فان على المشتري ان يؤدى للبائع القيمة التي كان ذلك الشقص بها وبها يوم العقد . وان كان الثمن شيئا موقو ولم يكن حاضرا حين البيع ، وانما ذكرت صفاته ثم لما دفعه للمشتري للبائع استحق من يده او الشريك فيه عيب فرد المشتري . فاني على هذا المشتري ان يؤدى للبائع مثل ذلك الشيء في نوعه وخصاته . الزرقاني 191/6 .

سابعاً : اذا باع الشريك الشقي وغيره في يوم واحد .

اذا باع شخص نصيبه في عقار مع شيء آخر في عقد واحد و كما لو باع نصيبه في دار مع ثياب بقيمة عشر الف درهم . فان غير ان ينص على ثمن كل شيء على حدة . ثم اراء الشريك في الدار ان يستعمل حصه في الشفعة ، فان له ذلك ، ولا يلزمه ان ياخذ جميع ما وقع عليه العقد ، لانه ليس بـ شريك الا في العقار المذكور ، ولا نسبه لايحق ان يشفع الثياب ولو كان شريكاً فيما لزمه است عقاراً .
ويلزم الشفع بان يؤدى للمشتري ما يقابل ثمنه النصيب المشفوع من الثمن الشقي وفتح عليه العقد .

وتد ذكر بعض علماء المالكية الأريفة التي يرف بها ما يؤدى به الشفيع في هذه الحالة . وهي تلخص في ان يقوم ذلك نصيب (على يد الخبراء طبعاً) مرتين ، مرة على اساس انه بيع وحده ، ومرة على اساس ما ينجمه من الثمن الذي وقع عليه هذا العقد ، وتقارن بين القيمتين ، ثم يلزم الشفيع بان يؤدى للمشتري تلك النسبة من الثمن الشقي الذي وقع عليه العقد . سواء كانت أكبر من قيمة النصيب المشفوع او أقصا .

ولكننا نرى ان الأولى ان يقوم الباع على انه بيع وحده ، ويؤدى الشفع تلك القيمة للمشتري . لانه تد يتواطأ المشتري مع البائع على جميع العقار مع شيء آخر كذا تم مشاهد في عقد واحد . ليعين لذلك القمار الجزء الأكبر من الثمن المفق عليه فيضطر البائع الى ان يبيع ما السى اداء ثمن اقل من قيمته او الى التخلي عن الشفعة . كما انه يمكن ان يكون البائع قد تنازل للمشتري عنه تحديد ثمن الشفعة عن جزء من ثمن الشقي ليشجعه على شراء ما مضى .

ثامناً : اذا ادعى المشتري نسيان الثمن او جالسه به .

اذا طالب الشريك بالشفعة ، وأثبت بوجاهتها ، ومن شركته على الشياخ في العقار المشفوع ، وانتقال ذلك ان يخص الى المشتري منه ببيع او معاوضة . فادعى المشتري انه نسي الثمن الذي احدثه او انه يجادل قدره .

أما فان كان قد مضى على تاريخ العقد الذي انتقل ذلك الشقي اليه بسببه مدة يمكن معها نسيان الثمن ، لانه تنويه عليه الميمن على انه نسي قيمة الثمن . فان حلف الميمن ذلك سقط حق الشريك في الشفعة ، ولو كان سكوت الشريك عن طلب الشفعة طيلة هذه المدة يرجع الى انه كان صغيراً غفلاً ، او نائماً . وان تكفل عن الميمن ثبتت الشفعة ، ويؤدى الشفيع للمشفوع منه القيمة التي كان المقدار مساوياً يوم البيع .

باب وان لم يكن قد مضى على ذلك العقد المدة التي يمكن معها نسيان الثمن عادة . فان المشتري لا يصدق حينئذ في ادعائه نسيان الثمن ، لانه يتهم على انه زعم نسيان الثمن ليسقط حق الشريك في الشفعة . ويؤدى الشفع للمشفوع منه القيمة التي كان الشقي يساويها يوم البيع .

ج - اذا احاطت بالخدمة شروط قسسي ان يوجد المشفوع منه العوض الذي حصل
مقابلته على المقص ، فان الشفعة تنقضي . وذلك مثل ما لو دفع رجل لاخته نصيبه
في عقار تموضعا لها عما اعتقده من سال مورثها لم يعرف قدره (1) .
ومثل ما اذا كان قد تم تولي امور زوجته فيبيع لهما ويشاري نيابة عنهما
ويشفع لهما . ثم اشهدت الزوجة ان النيب الذي تملكه من الارض الفلاحية التي شفيع
لها زوجها نصيبا منها انها تنازل له عن بقا ذلك نصيب الذي كانت تملكه ، والنصيب
الذي شفيع لها مقابل خدماته التي قام بها زوجها (2) . فان الشركاء في نصيب الرجل
في المثال الاول ، والزوجة في المثال الثاني ، يمنحون الشفعة نظرا لخدمتهم تحديدا
المقابل الذي صرفه المشفوع منه مقابل حصوله على نصيب نصيب .
وتذا هو الحكم الذي يجري عليه الفصل عند الطائفة (3) .
وهو غير المالكين المشفوع منه اذا ادعى نيبان الشئ او جهله به . فانه يصح قيصمه (4)
في جميع الحالات ويقتضي حلق الشركاء في شفعة حيثما كان لا يمكن للشريك ان يشفع
من غير ان يؤذي عوضا للمنفوع منه . كما يفتى ان نيب المشفوع بان يؤذي شيئا
لا يدعيه المشفوع منه (5) .

تاسعا : اذا شفيع الشريك قبل طمعه بالثمن .

اذا شفيع الشريك قبل طمعه بالثمن الذي وقع به الشراء ، فانه يكون بالخيار عند ما
يطلب بالثمن بين ان يرى ان يرضى عن الشفعة ومن ان يمتنع بها . وهذا يعني ان الاخذ
بالشفعة قبل علم الثمن جائز ، انه لو لم يكن جائزا ما كان له الخيار بين التمسك
بالشفعة وبين الرجوع عنهما .

وهناك من يرى ان الاخذ بالشفعة قبل العلم بالثمن فاسد ، ويجبر الشفيع
على رد الاخذ بالشفعة ، ثم اذا علم بالثمن يمكنه ان يشفع او يتنازل عنها . وذلك
لان الشفعة بخلاف الشراء ، ومن المعروف ان الشراء بثمن مجزول يعتبر فاسدا (6) .

(1) الحاشية باب 326/5 نقلا عن ابن القاسم .

(2) المصنف الوزاني 474/3 نقلا عن جواب سيدي حنف بن عبد السلام بناني .

(3) التوسل باب 108/2 .

(4) اي سواء كان قد مضى على المعاوضة مدة يمكن متحكما نيبان الشفيعين
اولا ، لانه من الممكن ان يكون المشفوع منه قد اشتري ذلك الشفيعين

مع اشياء اخرى بثمنين جيزافدي . المصنف 515/5 .

(5) المصنف باب 515/5 .

(6) الحاشية باب 316/5 .

عاشرا : اذا لم يقبل المشفوع منه الثمن من الشفيع .

اذا استعمل الشريك الحق في الشفعة ، وعرض الثمن على المشفوع فرفضه فلم يقبله منه ، وبقي متمسكا بالشفيع المشفوع صفة الى ان اجبره الحاكم على قبض الثمن والتخلي عن الشفع ، او انظر استعداده لذلك من تلقاء نفسه ، فان الشفيع اذا طالب المشفوع منه بخليصة ذلك الشفع عن الصدة التي امتنع خلالها من تكوين الشفيع من الشيء المشتري فانه يحكم له بها ، لانه سيأتي لنا ان الشفيع يملك الشفع عند امتحاله لنفسه بجبره عرض الثمن على المشتري سواء قبضه او لا (1) .

حادي عشر : يحق للمشفوع منه ان يتمسك بالشفيع الى ان يحوز الثمن .

اذا حكم لشخص بشفعة نصيب في عقار ، فان للمشفوع منه اذا كان الثمن حالا (2) ان يشفيع من تمكنه من ذلك الشفع الى ان يدفع له ما صرفه بخليصة حوله على ذلك الشفع . فان اداه حالا لزم المشفوع منه ان يتمكن من الشفع ، وان غلبت الحاجة لاخير لاحضار الثمن ، فسيأتي لنا انه يعطى اجالا لا يتعدى سنة ايام على ما يجوز به الفصل . فان احضر الثمن خلال ذلك الاجل لزم المشفوع منه بتكوينه من الشفع . وان لم يحضره خسر المشفوع منه (3) بين ان يطلب الحكم بسقوط الشفعة ، وبين ان يتمسك بها . وحينئذ يباع الشفع المشفوع على حساب الشفيع ، وبانه من ضمن ثمنه ما دفعه المشفوع منه في مقابل الحصول عليه ، فان قضى شيء من ثمنه ، دفعه الى الشفيع ، وان لم يكف ثمنه لتسديد جميع المصاريف ، وبمع التيسر الذي يملكه الشفيع في ذلك العقار (ان لم يؤد الشفيع ذلك الباقي) .

ويرى الحنفية - ممن عدا محمد صاحب ابي حنيفة - انه يجوز للشفيع ان يتقدم بدعوى الشفعة ولو لم يحضر الثمن امام مجلس القضاء ، لانه ما دام لم يحكم له بالشفعة ، فانه شيء عنده للمشفوع منه ، ويجب عليه ان يحضر الثمن ما يحكم له بالشفعة ، كما يمكن للمشفوع منه ان يجبر الشيء المشفوع الى ان يتوفى الثمن . اما محمد صاحب ابي حنيفة فيرى انه لا يحكم للشفيع بان ينفذ الا اذا احضر الثمن ، وقد روى الحسن بن ابي حنيفة هذا الرأي ، ويحتاج له بانه من الممكن ان يكون الشفيع مقلما ويجبره من اداء الثمن بعد الحكم له بالشفعة ، وتقرر المشفوع منه بذلك .

110/2

- (1) التمسك ولو لم يحضر الثمن .
- (2) اما اذا كان مؤجلا فقد عرفنا ان الشفيع يؤجل مثل ذلك الاجل اذا كان طيبا او رديا بضامن والا فيجب ان يعجل الثمن او تسقط شفيعته . (انظر صفحة : 124)
- (3) اذا طالب الشفيع زيادة الاجل فقد يجب على المشفوع منه ان يستجيب لهذا الطلب ولو اتى له بتمام او برهن . المتن : 509/5 (4) انظر صفحة : 161 .
- (5) الهداينة 422/7

ونرى ان حسن سير العدالة يقتضي تطبيق رأي محك صاحب ابي حنيفة في
 بحيث اذا رفع الشريك دعوى بطلب الشفعة فان القاضي لا يحكم له بها (بعد اثبات موجباتها)
 الا اذا احضر الثمن والجاريف ، وكذلك اذا رفع المشتري دعوى يطلب فيها الحكم على الشريك
 بالاعراب فورا عن موثقه من الشفعة هل ياخذ بهما او يسقطهما . فاذا قرر هذا
 الشريك الاخذ بالشفعة فان القاضي لا يحكم له بها الا اذا احضر الثمن والجاريف .
 لان ذلك يضمن حقوق المشتري من جهة ، ويجنب المحاكم من الاجراءات التي قد تنطفر
 الى اللجوء اليها فيما اذا صدر الحكم بالشفعة قبل احضار الثمن ، اذ انه من الممكن
 ان يبين ان الشفعاء جازعون الثمن ، فيحتاج الشفعون منه الى الطالبة اما بالحكم
 بسقوط الشفعة ، واما ببيع الشقة المشفوعة على حساب الشفعاء للحصول على ثمنها .

الباب الثاني احكام الشفعة

=====

بعد ان نكلضاً على اركان الشفعة وما يتعلق بها . ننقل الى الكالم على احكام الشفعة .
فنتكلم على موجبات الشفعة واجراءها . وعلى تراحم الشركاء . ثم على التغيرات التي تطرأ
على الشيء المشفع . ثم على سبب حق الشفعة . وعلى احكام اخرى مفرقة . وذلك
في خمسة فصول .

الفصل الاول موجبات الشفعة واجراءاتها

عرفنا ان الشفعة لا تثبت الا لشريك القديم في العقار او ما يتعلق به ضد الشخص
الذي اصبحت شريكاً في ذلك العقار بقتضى عقد معاوضة من بيع او غيره .
ومفهم من هذا ان الشخص الذي يطلب الشفعة من شخص اخر لا يستند
الى يثبته .

(1) انه شريك على الذراع فيما يطلب شفعتي .
(2) ان المطلب منه الشفعة اصبحت شريكاً في المطلب شفعتي بناءً على عقد معاوضة .
(3) وانه تقدم بالمطلب الشفعة داخل الاجل الذي حددته الفقهية .
وهنا ما يرفع الريبك دعواه بالمطلب الشفعة بعد مرور اكثر من سنة على وقت تبين وقوع
المعاوضة التي اعتقل المقتري المطلب شفعتي الى المالك الجديد . لمصدر شفعتي
من القيام بالمطلب الشفعة داخل السنة . فان عليه ان يثبت انه كان قادراً على اداء المشفع
بمه خذل السنة التي وقع فيها ذلك الانتقال . لما سبق لنا من انه يشترط ان يثبت الشفيع
الذي بالمطلب الشفعة بعد مرور اكثر من سنة على تاريخ العقد انه كان ملطفاً
بالثمن خذل تلك السنة (1) .

وسنقسم هذا الفصل المخصص للكالم على موجبات الشفعة واجراءاتها الى ثلثة
باحث . نتكلم في اولها على اثبات الشركة والمعاوضة . وفي ثانيها على اجل
الشفعة . اما الثالث فننتكلم فيه على اجراءات الشفعة .

المبحث الأول

اثبات الشركة - معاوضة .

نتكلم في هذا المبحث على كيفية اثبات طالب الشفعة انه شريك على الشياع فيما يطلب شفخته ، وان المالك بالشفعة تلقى ذلك التمسك الذي من طريق المعاوضة .

أولاً / اثبات الشركة على الشفعة

سبق ان عرفنا ان الشفعة لا تثبت الا للشيخ على الشياع في رقة العقار . والشريك فيما يتصل بالمقار . كالشارع وما المقيمي . (1)

ولذلك فان علي طالب الشفعة ان يثبت

أ - انه يملك جزءا من رقة العقار - او فيما يطلب شفخته .

ب - وانه يطلب الشفعة على الشياع .

والأرق التي تثبت هذا ما ذكره المنصرون هسي الطبرسي التي تثبت بها الحقوق

المالية . ومجملها :

(1) اقرار المشفوع منه بالشركة والبيع . اذا اقر المشفوع منه ان طالب الشفعة شريك

على الشياع في العقار مؤخر طالب الشفعة فان ذلك يكفي في ثبوت الشركة على الشياع ، لانه من المعروف

ان الشفعة حق مالي ، واقرار الرائد بالحقوق المالية يلزمه . ويختبر ادلاء المشفوع منه برسم

شرائه الذي ينص صراحة او بالملكية المرفق بها على ان العقار في شركة هذا المدعي على الشياع . بمثابة

اقراره بالشركة والبيع فيما للقاعدة المقررة : من ادلى بحجة فهو قائل بها . فيجملها .

(2) ان يدلي بما اداة مدلين ، او عمل وامانتين عدلتين او ما يقوم مقام ذلك من شهادة قائله

تضمن الشهادة بملكية طالب الشفعة لجزء معين على الشياع في المقار المطلوب شفخته .

ومعلوم ان هذه الادلة (وهي التي تضمن بشهادة الملكية) لا تقبل الا اذا توفرت على الشروط

التي تشترط في اثبات الملكية وهي : ان يشهد الشخص :

أ - بمعرفته للمدعى له الذي هو طالب الشفعة .

ب - ومعرفته للمدعى فيه الذي هو العقار باسمه وحده و هو مقصود .

ج - وانه يتصرف ويحوز جزأ من (الربح او الثمن او نصف المسمى) فليس

ذلك (على الشياع مع شركائه الذين هم قائلان وفائدان المعروفون للشهود منذ عشر سنوات فاكثروا .

د - وانه يحميه لنفسه وكذلك يحميه النسيب من نفسه .

هـ - وان الشهود لا يعرفون ان هذا من بيناته في ملكيته لهذا الجسيم .

(3) ان يثبت ملكيته لجزء من العقار بشارع او ارث او مفاصلة او مفاصلة . او مفاصلة .

او غير ذلك مما يفيد انتقال الملك اليه من المالك السابق .

كما ان يدلي بالرسم الذي يثبت هذه الملكية ، بان يدلي برسم شرائه لجزء من عقار او برسم

يفض من عقد المفاصلة التي آل اليه بحداتها للجزء المذكور مع اثبات ان المفاصلة تمت ، وان الرسم اشر . مع

منحالة ان الرسم الذي يثبت انتقال الملك من خلف الى خلف لا يكون حجة على غير طرفه الا اذا اثبت

ملكيته ذلك السلف لذلك الشيء المذكور في الرسم ملكية صحيحة بالشرط والمشار اليها سابقا

واستحسن ان يشار ملكيته عليه علمه .

الى ان نقله الى خلفه (1).

(4) ان يثبت انه من جملة ورثة المالك للمقار . كما لو فرضنا
ان شخصا باع عقارا او جزءا من عقار لشخص بناء على ان هذا المبيع قد اُل الى
بالارث من احد اقاربه ، فطلب شخص آخر الشفعة من المشتري ، وادلى
بما يثبت انه من جملة ورثة ذلك المورث ، فان ذلك يكفي في اثبات
ان هذا الشفيع شريك في ذلك المقار على الشياخ . وعلى من يدعي انه
غير شريك فيه ان يثبت ذلك (2) لان القاعدة تقضي بان كل وارث يصح
شريكا على الشياخ في ما تركه المورث . كما انه اذا ثبتت الشراكة
فانها تفترض انها على الشياخ ، ولا يمكن رفع هذا الافتراض الا باثبات ما يخالفه .
كان يثبت وقوع قسمة بنية بين الشركاء ، او وقوع مخارجة ، او مناقلة ، او غير
ذلك مما يؤهل الشياخ .

ثانيا : اثبات انتقال الشقص الى الشفوع منه بموضع .

لا بد ان يثبت طالب الشفعة ان المدعى عليه المشفوع
منه قد تلقى ذلك النصيب الذي يطلب شفيعته عن طريق المعاوضة .
لما سبق لنا من ان المشفوع منه هو من تجدد ملكه بمعاوضة .
والطريقة التي يثبت بها الشفيع انتقال الشقص الى المشفوع
منه عن طريق المعاوضة هي ان يشهد عدلان او من يقوم مقامهما بوقوع
هذه المعاوضة .

وقد كان العمل يجري على ان من حق الشريك الذي يطلب
بالشفعة ان يطلب من المحكمة تكليف المدعى عليه (المشفوع منه) بان يدل
برسم شرائه لذلك الشقص ، وكان يكلف المشفوع منه بذلك .
و يفهم من كلام بعض الفقهاء ما يفيد تكليف المدعى عليه باثبات
شرائه . فقد نص ابن فرحون على ان القائم بالشفعة يلزمه ان يثبت ملكيته
للحصة التي يريد ان يستشفع بها ، ويثبت ملكية البائع للحصة التي يريد اخذها
بالشفعة . ويثبت المبتاع الشراء من شريك القائم بالشفعة (3) .

(1) ولهذا نجد رسوم الاشربة مرفوعة في الغالب بملكيات البائع . وكذلك
رسوم المفارسة وغيرها مما ينقل الملكية من شخص الى آخر .

(2) كان يثبت المشتري ان هذا الشفيع خارج مع باقي الورثة وتنازل لهم
بمقتضى هذه المخارجة عن نصيبه في هذا المقار مقابل تنازلهم له عن نصيبهم
في عقار آخر . وكان يثبت ان هذا الشفيع باع نصيبه في الارث لباقي
الورثة .

الا ان كثيرا من المحاكم اصبحت لا تستجيب لهذا الطلب نظرا الى ان القواعد تقتضي ان المدعى هو المكلف باثبات دعواه ، وانه لا يكلف المدعى عليه ببيان يدلي بما يؤيد دعوى المدعى ، كما انه من المعروف ان المحكمة لا تقيم الحجة للخصم ولا تمينه على اقامتها ، ولذلك اصبحت من اللازم على المدعى الذي يطلب الحكم له بالشفعة ان يثبت موجباتها ، بما فيها من انتقال الشقص الى المدعى عليه عن طريق المعاوضة ، والا الفيت دعواه .

وقد اشار قسم الاستئناف الشرعي الاعلى في حيثيات احكامه الى هذه القاعدة بقوله : وبما ان الخصم اذا لم تقم له حجة على دعواه ولا قرينة ولا شبهة لاحق له في ابراز رسم خصمه (1) .

وقد نقل العلامة المهدي الوزاني ما يفيد انه يجب على الشريك طالب الشفعة ان يثبت موجباتها بما فيها انتقال الشقص الى المدعى عليه بمعاوضة . يقول العلامة المذكور : مسألة : قال الضيفي وابن فتحون : اذا طلب الشفيع المتاع بالشفعة عند الحاكم لم يقض له حتى يثبت عينه البيوع والشركة ، ويقر المتاع بالاتباع على الاشاعة ، ولا يحكم باقرار المشتري والشفيع حتى يثبت عنده البيوع (2) .

فهانحن نرى انه يجب على طالب الشفعة ان يثبت زيادة على الشركة والضياع - شراء المشفوع منه لذلك الشقص . وانه لا يكفي في ذلك اقرار المشفوع منه بهذا الشراء ، لانه من المعروف ان الاقرار لا يثبت حجة الا فيما يلزم المقرر نفسه . واقرار الشخص بانه اشترى شقصا يعتبر في الحقيقة ادعاء لا اقرارا . لانه يتوصل من ورائه الى الحكم له بالتمسك والموائر الذي يدعي انه صرفه في شرائه . ولهذا لا بد من ان يثبت هو او طالب الشفعة هذا الشراء بالحجة الكافية . زيادة على ان دعوى الشفعة قد تسمى بمصالح الغير ، وتعرض حقوق هذا الغير للضياع . اذ انه من الممكن ان يكون الذي باع للمشفوع منه لا يملك ما باعه ، كما انه يمكن ان يكون هذا المشفوع منه قد اقر بالشراء كذبا ليتوصل الى الحكم له بما يقابل الشقص المشفوع . كما ان الحكم بالشفعة بمجرد اقرار المشفوع منه بالشراء ، قد يؤدي الى ضياع حق المالك الحقيقي لذلك الشقص ، وذلك مثل ما لو فرضنا ان شريكا طالب شخصا يتمكن من شفعة النصيب الذي يدهي انه اشتراه من شريكه ، فاعترف هذا المدعى عليه بالشراء ، فانه لو اكتفى بهذا الاعتراف وحكم للشريك بالشفعة ، فقد يضيع المالك للشقص المشفوع . ذلك انه قد يكون هذا المالك غائبا ، وعندما

(1) الحكم الصادر في القضية عدد 243 بتاريخ 6 ذي الحجة 1338 والضمائم بمجلة القضاء والقانون المجلد الثاني الصفحة 242 .

(2) حاشية المهدي الوزاني 424/2 .

يرجع من غيبته ويجسد ان نصيبه قد انتقل الى ملك شريكه بالشفعة وثبت انه لم يسع ذلك النصيب للمشروع منه . فانه وان كان يمكنه ان يسترد شقصه من شريكه الا انه لا يمكنه ان يطالبه بغلبته التي اخذها طيلة المدة التي بقي خلالها في ملكه . بخلاف ما اذا وجد شقصه ما زال بيد من يدعي شراءه ، فانه يمكنه ان يسترد منه اذا تبين انه لم يبعه له ويطالبه بغلبته ايضا ، لانه حائزاً على النصيب (1) . فلهذا كله يجب اثبات الشراء بغير اقرار المشتري ، لكي لا تنزع صالح الغير للضياع .

وقد نص المجلس الاعلى على هذه القاعدة بقوله : ونظرا الى انه لا يحكم بثبوت الشفعة او عدمها الا بعد ثبوت البيع ، اذ لا يحكم بين اثنين في مال ثالث ولا يحكم باقرار المشتري والشفيع عند البيع (2) . لكن المجلس الاعلى عدل اخيرا عن تطبيق هذه القاعدة حينما اصدر قرارا عاب فيه على محكمة الاستئناف بفاس عدم اكتفائها في اثبات الشراء بمجرد اعتراف المئوع منه به . وقد ورد في حكمها ما يلي :

حيث ان محكمة الاستئناف ركزت حكمها اساسا على كون طالب النقص لم يثبت شراء المطلوب ضد دهم بالنقص للمطلوب شفعته ، مع انه افادت الاجراءات ان المطلوب قد دهم النقص اعترفا بالشراء ، وهذا الاعتراف يؤخذ ان به وؤمران بقتضاه ويفتس عن الالة برسم الشراء المذكور ، لان قانون المسطرة المدنية احتفظ بالحق لمن تقرر بذلك الاقرار في تقديم طعنه فيه بدعوى اصلية او بدعوى تعرض الفير الخارج عن الخصومة ، ولان المبدأ القانوني وهو نصيبه الاحكام لم يترك مجالا للقول بانه لا يثبت من اثبات الشراء حتى لا يحكم في مال ثالث ولا امر الذي كان مقصده تطبيق المحكمة والحالة ما ذكر لا يرتكز على اساس (3) .

كما ان السيد رئيس الفرقة التي اصدرت هذا الحكم ذكر في تعليقه عليه ان الملة التي استند اليها الفقهاء في عدم اكتفائهم باقرار الشفعه بالشراء ولم يسبق لها اثر بعد ما اصبحت قانون المسطرة المدنية يطبق على العقار غير المحفظ . نظرا الى ان هذا القانون حافظ على حقوق الطرف الثالث

(1) المدونة الكبرى 4 / 234 .

(2) الحكم الشرعي عدد 134 الصادر بتاريخ 9 شوال 1387 الموافق 9 يناير 1968 . والمنشور بقضاء المجلس الاعلى العسدي الرابع ص 42 .

(3) القرار رقم 38 الصادر بتاريخ 22 يناير 1980 في الملف الشرعي رقم 60309 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 27 صفح 105 .

عن طريق تدخله في الدعوى تدخلا اراديا ، او عن طريق تعرض الخارج عن الخصومة .
 " ولا نبدأ بنسبة الاحكام " يقول السيد الرئيس المذکور " يجعل البائع نفسه
 مأموناً من مخاطر نفسه بما يصدره بيمين المشتري وبين الشفيع ، الامر الذي لم يبق معه
 لتحميل الفقهاء المثار اليه اي اثر بعد ما وقع الاحتفاظ للطرف الثالث بما
 يمكنه من الدفاع عن حقوقه بالطرق القانونية المشار اليها . والملة كما يتلى
 علماء الاصول تدور مع المملول وجوداً وعدمياً (1) .

ونحن نرى ان المجلس الاعلى لم يكن على صواب عند ما تراجع عن تطبيق
 القاعدة التي قرررها الفقهاء وسار عليها المصل منذ القديم ، لانها تنسب
 القاعدة التي تحافظ على مصلحة الجميع .

ذلك اننا بينا ان الحكم بالشفعة بناء على مجرد اقرار المشفوع منه بالشراء
 قد يؤول الى ضياع حق المالك الحقيقي لتلك الحصة المشفوعة ، لانه حتى
 لو استرد حصته من الشفيع - حينئذ - يثبت انه لم يفوتها للمشفوع منه - فانه
 لا يمكنه ان يثالبه بالنسبة التي حصل عليها طيلة المدة التي بقيت الحصة عنده
 بعد الحكم له بشفعتها .

ثم ان الاقرار الذي يعتبر حجة ضد من صدر عنه ، هو الاقرار الذي لا يمس صالح
 الغير وانما يقتصر اثره على صاحبه . زيادة على ان الاقرار لا يعتبر اقراراً الا اذا كان
 لا يجبر نفسه لصاحبه ، والا اصبح دعوى لاقراراً .

واقرار الشخص الذي تقبلاًم ضده دعوى الشفعية بانه اشترى تلك الحصة وضع
 طلب الشفعة يمس بمصالح الغير الذي لم يمثل في الدعوى ، وهو مالك الحصة الحقيقي .
 كما ان هذا الاقرار يعتبر في الحقيقة دعوى لاقراراً ، لانه يترتب عليه ان يحكم
 على طالب الشفعة بتكوين هذا المشفوع منه من ثمن تلك الحصة وما يدعي انه صرفه
 في سبيل الحصول عليها : ولذلك يكون اعترافه بالشراء بمثابة ادعائه انه يستحق
 مقابل الشفعة ، اي المشفوع به . ومن المعلوم انه لا يحكم لشخص بشيء ما لم
 يثبت استحقاقه له بحجة مقبولة . ولا يكفي مجرد ادعائه ذلك الحق .

والقول بان المسطرة المدنية حافظت على حقوق الطرف الثالث عن طريق التدخل
 في الدعوى تدخلا اراديا او عن طريق تعرض الخارج عن الخصومة ، او عن طريق الدفع بنسبة
 الاحكام ، لا يكفي لاهداف قاعدة فقهاء سار عليها المصل طويلاً وحافظ القضاء
 عن طريقها على حقوق المالك الحقيقي للحصة التي يطلب الشريكة
 شفعتها ، ويزعج المطلبوب بالشفعة انه اشترأها .

(1) تعليق للأستاذ الوافي العراقي على الحكم المذكور نشر في نفس المصد
 من قضاء المجلس الاعلى صفحة 110 .

ثم ان هذا التول يوجب ان الفقهاء لم يصرفوا قبيل المسطرة المدنية تدخل
النسب في الدعوى او تعرض النور عن الخصية ولا نسبة الاحكام . مع ان هذه كلها
قواعد عامة في المسطرة لا يمكن ان يغفل عنها فقهاءنا . لانه من غير المعقول ان
يقول هؤلاء الفقهاء ان من كان حقه يمد بسبب دعوى تروج بين شخصين لاحق له
في ان يتدخل فيها للدفاع عن حقه المهدد . ما انهم لا يمكن ان يقولوا ان الاحكام
تكتسب حجية الامر المقضي به ، حتى نستنتج من لم يكن طرفا فيها .

والواقع اننا نجد كثيرا من التباينات في تفقه لما يصرف بتعرض الغير الخارج
عن الدعوى ، حيث يمكن لمن تنور من حكم لم يكن طرفا فيه ان يطلب ابطاله ،
ولمن اثبت ان له حقا ان يتصك به وليا ان قد سبق للقضاء ان حكم به لشخص
آخر في قضية لم يكن طرفا فيها .

ولن نستقصي الامثلة التي تدل على ذلك ، وانما نكتفي بمثالين من باب الشفعية
نفسها للتدليل على ان الفقهاء عرفوا تعرض الغير الخارج عن الدعوى ، وما يسمى
بنسبة الاحكام .

المثال الاول ، هو ما قرره الفقهاء من ان الشريك الفائب الذي يرجع ويجوز
احد شركائه قد باع نصيبه لشخص ، وان هذا الشخص قد قام بطلب قسمة المقار المشترك
الذي اصبح شريكا فيه . فحكم له بتساو وزع ذلك المقار بين الشركاء ، واختص كل
واحد منهم بجزء مقرر عنه . يكره ما يستعمل حق الشفعة . ان يرفع دعوى
بطلان تلك القسمة التي اجريت بدون حضوره (1) .

اما المثال الثاني فهو ما نص عليه الفقهاء من انه عند ما يتعدد الشركاء ويكون
بعضهم قائما فيرفع الحاضر دعوى بطلب الشفعة . وحكم له بها ، ثم اذا قدم احدهم
الشركاء الفائبين امكنه ان يرفع دعوى بطلب الشفعة ضد الشريك الذي حكم له بها
سابقا ، فلان كان اولي من ذلك الشريك حكم له بها وتوزع الحصة حوئذ من الشريك
المحكوم له اولا . وان كان هذان الشريكان في درجة واحدة صدر الحكم بجزءة تلك الحصة
بينهما على قدر ما يملكه كل واحد منهما .

ثم اذا قدم شريك آخر امكنه ان يرفع يدوره نفس الدعوى ضد ذينك الشريكين . وهكذا (2) .
ولا يمكن لاي شريك من سبق ان حكم له بالشفعة ان يستدل بهذا الحكم ضد الشريك
الفائسب ، لانه لم يكن طرفا فيه .

وهذا يتبين ان الفقهاء عرفوا ما قرره المسطرة المدنية من حق الشخص في ان يرفع دعوى

(1) انظر صفحة : 155

(2) انظر صفحة : 234

من ماله عن طريق تعرض الغير الخارج عن الضمانة والتدخل الارادي في الدعوى ، كما عرفوا مبدأ نسبية الاحكام . ومع ذلك تقرر هذا الاكتفاء بمجرد اقرار المطالب بانفسه اشترى الحصة موضوع طلب الشفعة . لانهم يعلمون ان هذه القواعد لا تحافظ على حق المالك الحقيقي لتلك الحصة .

ولهذا كله نرى انه كان من الاولى ان يتم التمسك في تطبيق القاعدة التي تقتضي بان مجرد اعتراف المشفوع منه بشراء الحصة موضوع الشفعة لا يكفي ، وانما يتمين على طالب الشفعة ان يثبت انتقال الحصة الى المشفوع يحصل خارج عن مجرد الاعتراف المشفوع منه .

وقد ذكرنا ان المحاكم كانت تكلف المشفوع منه الضمى عليه بالادلة برسم شرائه للحصة موضوع طلب الشفعة ، وانها تراجعت من ذلك واصبحت تنصر من طالب الشفعة ان يثبت انتقال الحصة التي يطلب شفعتها الى المدعى عليه . ويمكننا ان نرجع السبب الذي كان يدعو المحاكم الى تكليف المشتري المدعى عليه بالادلة برسم شرائه ، الى انه كان يخشى على الشريك طالب الشفعة ان يحصل على نسخة من هذا الرسم الذي كان يحتفظ به المشتري .

ولكن نظرا الى ان الرسوم القضائية أصبحت توجب في ذاتها محاكم التوثيق ، واصبح من السهل الحصول على نسخة من اي رسم لمن يثبت ان له مصلحة في الحصول عليه . فلذلك صارت المحاكم تكلف الشريك الذي يطلب الشفعة باثبات انتقال الملك الى المشفوع منه بماؤوضة ، وذلك بالادلة بنسخة من عقد الماؤوضة التي تطلب الشفعة على اساسها . وعلى هذا الشريك ان يحصل على النسخة (1) .

الا اننا نلاحظ ان تكليف الشريك دائما بان يدلي برسم شراء المدعى عليه ، وعدم قبول وسائل الاثبات الاخرى ، كالبينة التي تقدم بانتقال الملك الى المشفوع منه ، وهذا عدم الاستجابة لطالب الشريك الراعي الى تكليف المدعى عليه بالادلة بهذا الرسم ، او بما يثبت انتقال الملك اليه . فقد يؤدى الى خلع حق الشريك في الشفعة ، لانه قد يتمذره عليه الحصول على نسخة من ذلك الرسم ، كما انه قد يكون عقد الشراء مجرد وثيقة محسرة من الطرفين وموقفا عليهما منهما احتفظ بهما المشتري . فلا يتاح للشريك الحصول على نسخة منهما .

(1) ويمكنه مثلا ان يلجئ الى وزارة العدل لطلب الاذن له في اخذ نسخة من رسم الشراء ، بعد ان يدلي لها بارقام ذلك الرسم والمحكمة التي سجل فيها . كما يمكنه الحصول على نسخة من العقد المحرر بين الطرفين من ملحقة التسجيل .

ببل انه من الممكن ان لا يحسراي عقد بين الطرفين ، ويكتفي المشتري بحساسة
نصيب البائع والحلول محله فيه ، حتى لا يتمكن الشريك من استئصال حق الشفعة .
ولهذا كله يجب ان نقبل من الشريك طالب الشفعة ان يثبت انتقال الملك الى
المشفع منه بكل الطرق التي تثبت بها الدعاي المالية . كما انه يجب ان
يكلف المدعي عليه عند ما يثبت المدعي انتقال نصيب شريكه الى هذا المدعي
عليه بوسيلة اخرى من غير الادلاء بنسخة من عقد المعاوضة . ان يدلني
بعقد شرائه ، ليتبين منه الثمن الذي اداه والصاريف التي خرجت من يده
بمناصفة حصوله على ذلك الشقص ، ليحكم على الشفع بادائها له . فان لم
يسدل به امكن للمحكمة ان تحكم بالشفعة للمدعي ، لانه اثبت موجهاتها
مع حفظ حق المدعي عليه المشفع منه في طلب الثمن مع الصاريف بمقدار
ان يدلي بما يثبت انه اداهها فعلا . لانه لا يمكن ان يحكم على الشريك
باداء ثمن لم يطلبه المشفع منه ولم يثبتته . ونرى ان هذا الحل اولى من
الحكم على المدعي الشفع بان يؤدى القيمة التي كان ذلك الشقص يساويها
يوم عقد المعاوضة . لانه من الممكن ان يكون المشفع منه قد اخفى عقد الشراء لانه
ينص على ثمن اقل من القيمة . ليتوصل الى الحكم على الشفع باداء قيمة
الشقص .

ويمكن تبرير تكليف المشفع منه بالادلاء برسم شرائه مع انه مدعي
عليه ، بانه ما دام المدعي قد اثبت شراء المدعي عليه فقد وجبت له الشفعة
واصبح مدنيا للمدعي عليه بالثمن والصاريف التي اداهها هذا المشفع منه . ومعلوم
انه يجب على الدائن ان يثبت مقدار دينه ليحكم له به .
وقد سبق ان ذكرنا ان اقرار المشتري المشفع منه بالشراء لا يكفي للحكم بالشفعة
لان ذلك يؤدى الى المساس بحقوق الناصر ، الذي هو الشريك الذي زعم المشفع منه
انه اشترى منه نصيبه .

نعم ان اعترف هذا الشريك البائع بذلك البيع الذي يقره المشفع منه ، فان
ذلك الشريك يعتبر شاهدا للشفيع بوقوع الشراء . فان ثبت ملكية هذا الشريك لما باعه
فان ذلك يكفي في الحكم بالشفعة . لان البائع والمشتري يقران بثبوت الحق في الشفعة
لذاتهما .

ولهذا نرى ان الشريك الذي يرغب في شفعة ما باعه شريكه ، ويتمذرعان
بثبوت هذا البيع عن طريق الادلاء برسم الشراء . كما هو الحال في البيع الذي يتم
بواسطة عقد عرفي . يمكنه ان يرفع دعوى ضد المشتري يطلب منه تكمينه من شفعة
ما اشتراه من شريكه ، ويطلب في نفس الدعوى احضار ذلك الشريك البائع ليجيب عما
اذا كان قد باع للمشفع منه ذلك النصيب الذي يطلب المدعي شفعة اولا .

أ - فاذا اعترف كل من المشتري والبائع بالبيع ، وثبتت ملكية هذا البائع
لما باعه حكم للمدعي بالشفعة .

ب - واذا اعترف البائع وحده بالبيع وانكر المشتري المشفع منه

منه (1) فان البائع تتوجه على هذا المدعى عليه المنكر للشراء . فان حلف على انه لم يشتر الفيت
بعض المدعى طالب الشفعة . مع حفظ حقه في طلبها من جديد متى اثبت انتقال
الشفعة الى المدعى عليه بمعاوضة . وان نكل المدعى عليه عن اليمين ، حكم للمدعى باستحقاقه
للشفعة بناء على مهادة الشريك البائع ونكول المدعى عليه (2) .

ج - واذا انكر البائع البيع الذي ادعاه طالب الشفعة ، او كان ينازع في صحته
" قيل قبل طلب الشفعة أو إنشاء ذلك " فلا يستحق الشريك المدعى الشفعة هو تسقط
دعواه ، سواء كان المشفوع منه " المدعى عليه " يقرب بالشراء او ينكره . ولا تتوجه اليمين
على المدعى عليه " المشفوع منه " لما عرفنا من ان المشتري حتى لو اقر بالشراء فان ذلك
لا يكفي في ثبوت الشفعة . كما لا تتوجه اليمين على الشريك المنكر للبيع . لانه ليس طرفا
في عقد الشفعة . لما عرفنا من ان الشفعة تثبت ضد المشتري لا البائع (3)
وبالمسألة الحال يبقى الحق للشريك في ان يتقدم بطلب الشفعة من جديد متى
امكنه ان يثبت انتقال الشفعة الى المشفوع منه بمعاوضة . ولو بعد ضي اكثر من سنة
على تاريخ البيع .

وقد قرر المجلس الاعلى هذه القاعدة حينما قال : وحيث ان من شروط الشفعة ان يكون البيع
ثابتا ، اما اذا انكره البائع والشقري بيده وافر المهاد بالشراء فلا شفعة الا بعد صدور الحكم
بكون البيع ثابتا (4) .

المبحث الثاني

اجل الشفعة

لا يكفي ان يثبت ان الشفعة ان الشريك على الشياح فيما يطلب شفخته . وان المطلوب
بالشفعة قد تلقى ذلك النصيب موضوع طلب الشفعة عن طريق المعاوضة . بل لابد ان يثبت

(1) يرى ابو حنيفة ان الشريك اذا اعترف بالبيع . فان الشفعة تثبت لشريكه . ولو كان المشتري ينكر الشراء
لان البائع اقر بموجب الشفعة لشريكه . فيأخذ منه ذلك الشقص ويؤتي الثمن له . وتكون المهدة
عليه لاعلى المشتري المنكر . المفنى 476/5 .

(2) ويكون الحكم بالثمن والمصاريف في هذه الحالة والحالة السابقة متوقفا على اثباته من طرف المشفوع منه
فان اثبت بحجة مقبولة حكم له به . وان لم يتمكن من اثباته . فتدابق حينئذ الاحكام المتعلقة باختلاف
الشفيع والمشفوع منه حول الثمن .

(3) ابن سلعون 53/2 نقلا عن ابن سهل . وذكر ان ابن لبابة افق بوجوب اليمين على كل من الشريك
والمشتري المنكرين للبيع .

(4) الحكم عدد 26 الصادر بتاريخ 21 رمضان 1389 الموافق 12.2.1969 وطلهص القضية : ان م اشترى
من أ واجبه في الشياح حسب رسم مؤرخ في 51.2.8 هـ بقي هذا الواجب بيد البائع . فرفع المشتري
دعوى بصفة البيع فانكر البائع ذلك البيع ولكن المحكمة حكمت يوم 17 ابريل 1966 بصفة البيع . فرفضت
اختا البائع بتاريخ 4 ملي 1966 دعوى بطلب الشفعة . فاجاب المدعى عليه " المشتري " بان الطلب
خارج الاجل . لان البيع مر عليه اكثر من سنة . فحكم لها بالشفعة بناء على ان البيع لم يثبت الا فسي
تاريخ الحكم المذكور . الا ان مجلس الاستئناف بطنجة الفى هذا الحكم وحكم بعدم استحقاق المدعيتين
للشفعة فنقض المجلس الاعلى هذا الحكم للحلة المشار اليها . مجلة القضاء والقانون عدد 107 - 108
صفحة 390

ايضا انه تقدم بطلب الشفعة داخل الاجل المحدد .
وستنكلم في هذا المبحث على آراء الفقهاء فيما يتعلق باجل الشفعة ، ثم
يبين ان الاجل يتبدى من يوم علم الشريك الراغب في الشفعة بانتقال الحصصة
الى المالك الجديد او من تاريخ ارتفاع المانع الذي منعه هذا الشريك من ممارسة
حقه في الشفعة . ثم نتكلم على الحكم فيما اذا طلب المشتري من الشريك الاعراب عن
وقفه من الشفعة وعن حكم طلب الشريك للتأخير ، وذلك في ثلاث نقاط .
النقطة الاولى : آراء العلماء في اجل الشفعة .

اختلف العلماء حول الاجل الذي يحق للشريك ان يطلب الشفعة خلاله ، بحيث
اذا مضى الاجل سقط حقه فيها . وكثرت اقوال العلماء في ذلك . ويجب التفريق اولا
بين ما اذا كان الشفيع غائبا او حاضرا .

- (1) اذا كان الشفيع غائبا عن مكان البيع ومكان الشقص حين البيع او بعد البيع
وقبل ان يعطى به ، ، سيأتي لنا ان اجل العلماء يرون انه يستحق الشفعة ، ويستمر
حقه في ذلك ما دام غائبا ولو دالت فينته عدة سنوات . وسيأتي لنا تفصيل ذلك (1)
- (2) اذا كان الشريك حاضرا . فلعلماء فيه عدة آراء يمكن تلخيصها فيما يلي :
الراي الاول : انه يجب على الشريك ان يطلب الشفعة فور علمه بالبيع ،
فان تراخى قليلا عن طلبها بعد علمه فان حقه في الشفعة يسقط .
وهذا يقول ابن شبرمة ، واليتي ، والاوزاعي ، وابو حنيفة ، والزهري ، والشافعي
في احمد قوليه ، واحمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه .
واحتج اصحاب هذا القول بما ورد في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم :
(الشفعة لمن واثبها) وما ورد ايضا في الحديث الآخر : الشفعة كشطة المقال ، ان
قيدت ثبتت ، وان تركت فاللوم على من تركها) .

ويرى الحنفية ان الشفعة واجبة فور علم الشريك بالبيع ، اذا كان يمكنه ان يطلبها .
كما يرون ان هذا الطلب يمر في ثلاثة مواجسل

- المرحلة الاولى : طلب الموائجة . وهو ان يطلب الشريك الشفعة فور علمه بالبيع بلفظ يفيد ذلك
الطلب كطلب الشفعة ، اوانا طالب لها ، او غير ذلك . وهذا طلب واجب بمجرد العلم بالبيع ،
فان سكت ولو لحظة لغير عذر فان الشفعة تبطل ولو طلبها بعد ذلك في نفس المجلس .
وان وقع نزاع بين الشريك والمشتري حول وقوع الطلب ، وبحوث ادعى الشريك انه قام به فور علمه
بالبيع ، وانكر المشتري ذلك ، فان الشريك يصدق به منه .
- المرحلة الثانية : طلب الاشهاد . وهو ان يشهد الشريك على انه يطلب الشفعة . ويسمى
طلب التقدير ، لان به يتقرر حق الشريك في الشفعة . ويقع هذا الاشهاد اما على المشتري ، او على
البائع ، او عند المقار المشفوع .

أ - فإذا وقع الاشهاد على المشتري ، فإن ذلك يكفي في جميع الحالات ، سواء كان هذا المشتري قد حاز المقار من البائع أو كان لم يحضره بمعد .

ب - وإذا وقع الاشهاد على البائع ، فإن كان المقار ما زال بيده لم يدفعه للمشتري كان هذا الاشهاد صحيحا ، وإن كان قد دفعه للمشتري كان باطلا .

ج - ويمكن أن يقع هذا الاشهاد عند المقار . كان يقول الشريك : ائمتك وانني ائمتك الجز الفلاني الذي اشتراه فلان من شريكي في هذا المقار .

والوقت الذي يجب فيه هذا الطلب هو الوقت الذي يمكن فيه للشفيع أن يقوم بنفسه ، فإن تراخى عن القيام به بدون عذر بطالت شفيعته .

ومن الاعذار المقبولة ، أن يظلم الشريك بالبائع لئلا ، فيتأخر إلى الصباح بطلب الاشهاد ، أو أن يتأخر بمعد علمه بالبائع ، إلى أن يأكل أو يشرب ، أو يتطهر ويصلي .

المرحلة الثالثة : طلب التملك وخضومة ، وهو أن يطلب الشريك من القاضي الحكم له بالشفعة : وذلك بعد أن يقبض بالطالبين السابقين ، ويرى الحنفية أن للشريك أن يتقدم بهذا الطلب متى شاء ، ولا يضره أن يؤخره ولو بدون عذر . وذلك لأن حقه في الشفعة تقرر باستعماله لطلب المواثبة والاشهاد ، فلا يبطل بتأخير طلب التملك ، ولكن يمكن للمشفوع منه أن يطلب من القضاء أن يأمر الشفيع بالأخذ أو الترك ليرتفع عنه ضرر التأخير ، فإن لم يفعل المشفوع منه ذلك فهو المضرب بنفسه (1) .

ولكن صاحب أبي حنيفة ، وهما محمد بن الحسن وزفر يريان أن أقصى مدة يمكن أن تفصل بين الطلب الثاني والثالث شهر واحد . بحيث إذا لم يتقدم الشريك بهذا الطلب إلى أن مضى شهر فإن حقه في الشفعة يسقط . وقد روى عن أبي يوسف مثل هذا القول ، وبه الفتوى (2) .

الراي الثاني : أنه يجب أن يفرق ما إذا كان الثمن الذي اداه المشفوع منه حالا أو مؤجلا .

أ - فإذا كان حالا ، فيجب على الشريك الذي يرغب في الشفعة أن يطلبها بجمرة أو بثانئ له ذلك بمعد علمه بالبائع ، فإن تراخى بمعد علمه وإمكانية الطلب سقط حقه في الشفعة .

ب - أما إذا كان الثمن مؤجلا ، فإن الشريك الشفيع يخير بين أن يجعل الثمن للمشتري ويستحق الشفعة بجمرة ذلك ، وبين أن ينتظر إلى أن يحل الاجل ، حينئذ يتقدم بطلب الشفعة .

وهذا يقول الشافعي في أحد توليه (3) . واحتج بالحديث الذي يحتج به أصحاب القول الاول .

(1) فتح المعين 331/3 .

(2) فتح المعين 329/3 - 331 .

(3) سبب أنه من جملة من يرى أن الشفعة تجب فور العلم . وقد حذر الشافعي مسودة الشفعة بثلاثة أيام .

ولكننا نشير الى ان الاحاديث ضعيفة ولم يوفي اسنادها . فقد قال ابن حجر في بعضها
ان اسنادها ضعيف جدا (1) .

الران الثالث : ان طلب الشفعة لا يجب على الفور ، وانما يحق للشريك ان يطلبها
خلال وقت ميسر . وهذا يقول الامام مالك . ولكن تعددت اقواله في تحديد هذا الوقت
الذي يحق خلاله للشريك ان يطلب الشفعة ، والاقوال التي رويت عنه في هذا الصدد هي التالية :
(1) ان هذا الوقت غير محدد ، وانه يحق للشفيع ان يطلب الشفعة متى شاء ، ولا يسقط
حقه بضي المدة ابدا ، كما لا يضر سكوتها عن طلبها . الا اذا كان حاضرا وراى المشفوع منه
يني ويهدم ، او يحدث تغييرا كبيرا في العقار الذي انتقل اليه ، ومع ذلك سكت ولم يطلب
الشفعة حينئذ ، فان حقه في الشفعة يسقط .

(2) ان هذا الوقت محدد في خمس سنوات ، بحيث اذا طلبها الشريك داخل خمس
سنوات من تاريخ علمه بانتقال الملك الى المشفوع منه حكم له بها ، وان لم يطلبها الا بعد
مرور خمس سنوات على ذلك ، فان حقه في الشفعة يسقط (2) .

(3) ان اجل الشفعة يحدد بما يقارب السنة . وهذا هو مذهب المدونة التي نصت
على ما يلي : (ما قارب السنة كالشهرين والثلاثة له حكمها) وهذا يعني ان الشريك
اذا طلب الشفعة داخل خمسة عشر شهرا فانه يحكم له بها . وان مضت هذه المدة من
غير ان يطلبها فان الشفعة تسقط حينئذ .

(4) روى اشهب عن مالك ان الوقت محدد بسنة . بحيث اذا انتهت السنة بفروب آخر
يوم منها ، ابتداء من تاريخ علمه بالبيع ولم يطلبها ، فان حقه في الشفعة يبطل .
ومعد ان استعرضنا آراء العلماء في الاجل نذكر ان العمل يجري عند المالكية
بالتفريق بين ما اذا كان الشريك حاضرا حين عقد البيع الذي انتقل الشق بموجبه الى
الشفيع منه ، او لم يكن حاضرا .

أ - فاذا كان الشريك حاضرا مجلس العقد الذي انتقل بموجبه الشق الى المشفوع
منه . وكان هذا الشريك بالضا رهيدا ، او حضر ولي الشريك السفية او الصغير ، فان الاجل الذي
يحقق له ان يطلب خلاله الشفعة لا يتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ العقد . ثم ان طلبها
داخل العشرة ايام الموالية للعقد استحقها بدون يمن . وان لم يطلبها الا بعد مضي عشرة
ايام فتتوجه عليه اليمين على ان سكوتها بلسنة هذه المدة لم يكن تنازلا عن حقه ، ولانه لم يسقط
حقه فيها (3) .

ب - اما اذا لم يحضر الشريك ذلك العقد ، فان حقه في الشفعة لا يسقط الا بضي
سنة من تاريخ علمه بوقوع المعايضة التي انتقل بموجبه الشق الى المشفوع منه . ما لم يكن

(1) وهو الذي رواه ابن ماحق البزار الشفعة كحل عقال وقال فيه ابن حبان : لا اصل له .

(2) نقل هذا القول مطرف وابن الماجشون عن مالك . غنية المصنف 210/1 .

(3) الزرقاني ونانسي 182/6 .

فإنك عذر يمنعه من القيام بطلب الشفعة داخل السنة التي تلي علمه بالبيع ، ولا
 إن حقه لا يسقط حينئذ إلا بمضي سنة على زوال العذر .
 والعمل عندنا في المغرب يجزي على أن أجل الشفعة سنة في الحالتين ، أي سواء
 إن الشفيع حاضرا أثناء عقد المأذنة الذي انتقلت بموجبه الحصة إلى المشفوع منه
 ولم يكن حاضرا ، إلا أن هذه السنوية تبتدىء في الحالة الأولى من تاريخ ذلك
 العقد ، وفي الحالة الثانية لا تبتدىء إلا من تاريخ العلم به .
 أما أجل الشهرين ، فلا يجزي به عمل ، ولا نجد له إشارة في كتب النوازل ،

ولا في الأحكام الصادرة في هذا الموضوع .
 وقد سار القضاء في المغرب على حساب السنة التي هي أجل الشفعة ، بحساب
 السنة الشمسية التي تتكون من خمسة وستين وثلاثمائة يوم ، لأن الشفعة تستعمل
 غالباً في الأراضي الزراعية ، حيث تحسب السنة بالفصول (1) .
 كما أن القضاء قرر أن أجل السنة ليس أجلاً كاملاً (2) ، وإنما هو أجل منصرم ،
 بحيث يحسب فيه اليوم الأول والآخر . وقد سبق لنا أن اشبهنا نقل عن مالك أنه
 إذا انتهت السنة بغروب آخر يوم منها ابتداءً من تاريخ علمه بالبيع ، ولم يطلبها
 فإن حقه في الشفعة يسقط (3) .

وهذا يعني أن السنة تبتدىء من يوم العقد ، أو من يوم العلم به ، لا من اليوم
 الموالي لذلك ، كما أنها تنتهي بغروب شمس اليوم الخامس وستين بعد الثلاثمائة
 التي تلي يوم العقد أو يوم العلم به ، لا من غروب شمس اليوم الموالي ، كما هو الشأن
 في الأجل الكامل .

ويجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يمارس شفحته داخل الأجل المذكور ، أما
 أمام المشفوع منه مباشرة ، بأن يشهد عدلين بحضور المشفوع منه أنه أخذ تلك
 الحصة من تاريخ الشفعة ، وأما بواسطة القضاء رأساً ، فإن تأخر عن ذلك إلى
 أن انتهت السنة سقط حقه .

أما أداء الثمن والمصاريف ، فلا يجب على الشريك أن يقوم به داخل الأجل
 المذكور ، وإنما يجب أن يؤديه داخل الأجل الذي يفتيه القاضي له عند الحكم بالشفعة ،
 كما منصرف عند الكلام على إجراءات الشفعة (4) .

(1) المحكمة العليا الشريفة بتاريخ 3 محرم 1369 الموافق 26 أكتوبر 1949 . من كتاب ممارسة

الشفعة أمام المحاكم الفرنسية بالمغرب . صفحة 140 .

(2) نفس الحكم السابـق .

(3) انظر صفحة 150 .

(4) انظر صفحة 165 .

النقطة الثانية : ما ينهني على ان الاجل يتددى من يوم العلم او من زوال

المانع .

بعد ان عرفنا ان الشريك الذي لم يحضر المفاوضة التي انتقلت بمقتضاها حصة شريكه الى مالك جديد لا يتددى الاجل بالنسبة اليه الا من تاريخ علمه بانتقال حصة شريكه الى ذلك المالك الجديد ، او من تاريخ زوال العذر الذي منعه من القيام بطلب الشفعة في ابانها .

نتكلم هنا على ما ينهني على هاتين القاعدتين :

اولا : ينهني على ان اجل الشفعة ببتدئ من تاريخ علم الشريك بالمفاوضة التي انتقل الشقص بموجبها الى المشفوع منه ، وليس من تاريخ تلك المفاوضة . ان الشريك اذا طلب الشفعة بعد مضي اكثر من سنة ، وادعى انه لم يعلم بها الا منذ اقل من سنة ، فانه يحلف على ذلك ، ويصدق في ادعائه ، ويحكم له بالشفعة ، ولو كان قد مضي على انتقال الملك الى المشفوع منه عدة سنوات ، لان الاصل عدم العلم (1) .

نصم اذا اثبت المشفوع انه ان الشريك علم بانتقال الملك اليه منذ اكثر من سنة ، كان ياتي ببينة تشهد بانها سمعت الشريك يقر بانه علم بانتقال الملك الى المشفوع منه منذ ما يزيد على سنة ، او اثبت انه علمه منذ اكثر من سنة بانه اصبح شريكا معه ، فان حقه في الشفعة يسقط بانتهاء سنة من التاريخ الذي ثبت علمه فيه . وقد ذكر بعض عتماء المالكية (2) انه اذا كان المشتري قد حاز الشقص الذي اشتراه ، وصار يتصرف فيه بالحرق او البناء او غيرها ، وكان الشريك حاضرا يرى هذه التصرفات ، ثم قام هذا الشريك بعد ذلك بطلب الشفعة ، وادعى انه لم يعلم بانتقال الملك الى المشفوع منه الا منذ اقل من سنة ، فانه لا يصدق ، لانه لا يكاد يخفى عليه انتقال الملك الى هذا الشخص الذي تصرف فيه بالحرق او البناء .

ولكننا نرى ان من الاولى ان يصدق هذا الشريك بيمينه فيما اذا ادعى عدم العلم بانتقال الملك الى المشفوع منه حتى في هذه الحالة ، خصوصا واننا نلاحظ ان كثيرا من الناس الذين يشترون نصيبا في عقار ، ترك يعلمون على اخفاء شرائهم عن الشريك ليمضوه من الشفعة ، ويمثلون تصرفهم في النسيب الذي اشتروه بمثل كثيرة كالكراء ، واداء الارفاق ، او النياحة ، او غير ذلك ليحولوا بين الشريك وبين طلب الشفعة .

وهذا ما سار عليه المجلس الاعلى . حيث انه نقض الحكم الصادر عن المحكمة الاستئنافية لاحكام القضاة (3) بالرباط القاضي بعدم الاستجابة لطلب الشفعة لكونه قدم خارج الاجل .

(1) التسولي : 108/2 .

(2) التسولي : 108/2 نقلا عن البرزلي وغيره . والرهوني 278/6 نقلا عن المنتخب .

(3) هي القسم الاستئنافية بالمحكمة اقليمية حيث كان يوجد بمقر كل محكمة اقليمية قسم لاستئناف الاحكام الصادرة عن قضاة محاكم السداد في قضايا الاحوال الشخصية والمقار غير المحسطة .

بالرغم من ان طالب الشفعة على سببته تلك السنة ، لا يوجب له سبباً من سبب
المدعى عليه من وجه تصرفه في الشقص المطلوب شفخته فمرة يقول له بالكراء ، ومرة بالرهن .
وقد علل المجلس الاعلى حكمه هذا بان ما علل به طالب الشفعة سكوته يفيد عدم علمه بالبيع .
وتطبق عليه القاعدة التي تقضي بان مدعى عدم العلم يصدق بيمينه (1) .

لكن اذا تبين من ظروف الحال ان الشريك لا بد ان يكون قد علم بانتقال الملك
الى المشفوع منه منذ اكثر من سنة ، وفذلك كما لو فرضنا ان شخصين كانا يشتركان
في عقار ، وكان من عادتهما ان يتصرفا بانفسهما فيه ، ولم يسبق لاحدهما ان تنازل عن
التصرف في نصيبه لاي شخصهما كان السبب . ثم حل شخص محل احد الشريكين في التصرف ،
واصبح يحرث او يبنى وطال ذلك ، وكان شريكه الآخر حاضرا يرى ذلك الشخص يتصرف
ثم طالب بالشفعة ، وادعى انه لم يعلم بانتقال الملك الى هذا المشفوع منه الا منذ اقل
من سنة ، فانه لا يصدق حينئذ .

وهذا ما نص عليه المجلس الاعلى . لكن حيث ان تصديق الشفع في انكاره العلم مشروط
بعدم ثبوت العلم بحجة او قرينة (2) .

ونظرا الى ان اعطاء الحق للشريك في طلب الشفعة داخل سنة من تاريخ علمه
بالموافقة التي اصبحت بموجبها المشفوع منه شريكا ، قد يضر بهذا المشفوع منه ، لانه يقدس
مهددا دائما بقيام الشريك لطلب الشفعة ، خصوصا وقد ذكرنا ان الشريك يصدق بيمينه
في ادعائه عدم العلم بوقوع تلك الموافقة ، ما لم يثبت المشفوع منه ان الشفع علم بذلك
منذ اكثر من سنة عن تاريخ قيامه بطلب الشفعة . فان من حق من انتقل اليه الملك
ان يحصل على رفع هذا الضرر عنه ، ولده وسيلتان لذلك :

الاولى : ان يرفع دعوى على الشريك يطلب منه فيها ان ياخذ ذلك الشقص بالشفعة
نورا ، والا حكم عليه بحقوق حقه في الشفعة . وبذلك يتقرر ميراثه حالا ، ولا يقسم
لشريك اي حق في القيام بطلب الشفعة بعد ذلك ، لادخل السنة ولا تاريخها .

الثانية : ان يعلم الشريك - بوسيلة ثابتة بالتاريخ - بانه اصبحت شريكا
جديدا في العقار المشترك ، وذلك لا يبقى لهذا الشريك الا الحق في طلب الشفعة خاسرا
سنة من تاريخ ذلك العلم ، ولا يكون له اي حق بعد ذلك في ادعاء انه لم يعلم بانتقال
الملك الى المشفوع منه .

ويلاحظ انه من الناحية العملية كلما يستعمل المشفوع منه احدى هاتين الويلتين ،
لان من يشترى الشقص يكون مائة راضيا في ان يبقى في ملكه ، او على الاقل ان يستفيد منه اطلاقا
معدة ممكنة ، ويضاف فيما اذا علم الشريك بانتقال ذلك الشقص اليه ، وارتفع عليه ادعوى بطلب
التحويل بالشفعة . ان يبادر اليها . فيحرم من ذلك الشقص ومن الاستفاة منه .

(1) الحكم عدد 2 بتاريخ 6 جمادى الثانية 1379 موافق 7 جنبر 1355 الصادر بمجلة القضاء والتانون في العدد
26 صفحة 113 .

(2) الحكم الصادر تحت عدد 338 بتاريخ 20 محرم 1386 موافق 11 ماي 1966 الصادر بمجلة القضاء والتانون
عدد 85 - 87 صفحة 283 .

ثانياً : وينبغي على ان اجل السنة يتعدى من زوال المذرة من ماضي مع ماضي من سنة
الشفعة ، انه اذا كان هناك عذر يضعه من الشفعة ، فان حقه في الشفعة يبقى محفوظا
سادام المذرة موعودا . وقد نص العلماء على الموانع التي اعتبروها اذارا مقبولة فسي
هذا العدد . ومنها :

(1) اذا اكبره الشريك على السكوت عن طلب الشفعة . اما بالتهديد بالقتل او بالضرب
او بالسجن او بغير ذلك من الوسائل التي تعتبر اكراما . فمضى زال الاكرام عنه يحق له
ان يطلب الشفعة خلال سنة من تاريخ زواله .

(2) ان يكون جيا هلا بانه شريك في ذلك المقار . كما اذا باع شخص عقارا ، ثم بعد
مدة تبين لشخص اخر انه شريك في ذلك المقار ، وحكم له باستحقاقه للملكية جزئ منه .
فانه يحق له ان يطلب شفعة الجزء الآخر من المشتري داخل سنة من ثبوت شركته . ولا
يمكن ان يحتج هذا المشتري ضده بانه كان يعلم منذ اكثر من سنة بشرائه . لانه
لم يكن يعلم بانه يملك حق الشفعة بسبب جهله للشركة .

(3) ان يكون الشريك صغيرا مكمالا ، او سنيها ، ولا ولي له او مات وليه ، او يكون فتاة
بكرًا يتيمه . فان حق هؤلاء في الشفعة لا يسقط على القول المشهور الذي يجري به العمل الا
اذا موت سنة على بلوغ الصغير فرسه ، وترشيد السفه ، وتزويج البكر اليتيم وترشيدها (1) .

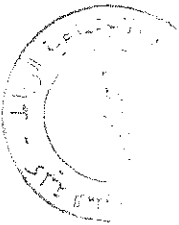
(4) ان يكون الشريك غائبا عن بلد . حين انتقال الملك الى المشفوع منه . او تغيب
بعد تاريخ العقد الذي انتقل بموجبيه نصيب شريكه الى مالك جديد . وقبل ان يعلم بذلك لا انتقال
فان حقه في الشفعة يبقى محفوظا ولو استمرت غيبته عدة سنوات ، ولا يسقط هذا الحق الا اذا
مرت سنة على علمه بالمحاوطة بعد رجوعه من غيبته . ومعنى هذا ان اجل السنة
يتعدى من تاريخ علمه بعد رجوعه من غيبته ، فاذا رجع ولم يعلم الا بعد مدة لم يبدأ الاجل
الا من تاريخ العلم . واذا علم وشو غائب لم يبدأ الاجل الا من تاريخ رجوعه سواء كانت
غيبته في محل بعيد او قريب .

وقال اشعيب : ان هذا الحكم يختص بالغائب البعيد الفية ، اما اذا كان الشفع
في مكان قريب من مكان المشتري ، ولا كلفة عليه في اعوانه ، فان شفحته تسقط اذا مرت سنة
من تاريخ علمه ، اي انه يعتبر كانه حاضرا .

وقد سئل ابن القاسم عن حصد الشيعة القريبة التي يعتبر فيها الشريك كالحاضر ،
فاجاب بان مالكا لم يحدد لها بمسافة معينة ، وان ذلك يرجع الى اجتهاد القاضي ،
لان ذلك يختلف بحسب النسوف والاحوال . ان قد يكون الشريك امرأة ، او رجلا ضعيفا ،

فلا يستطيعان الرجوع بالرغم من كونهما غائبين في مكان قريب كبريد (2) (اي نحو عشرين كيلومترا) .
ويتبين من هذا ان قول اشعيب هو الذي يقول به ابن القاسم والامام مالك . ولذلك
فانه هو الذي ينبغي الاعتماد عليه . خصوصا وانه هو الموافق للمنطق ، لانه ليس من العدل ان

تعتبر كل فية عذرا للشريك مهما كانت النسوف .



وتشير الى ان النائب الذي تعتبر غيبته عذرا مقبولا يكون له الحق في طلب الشفعة
خلال سنة من تاريخ علمه بعد رجوعه من غيبته . ولو كان المشتري (المشفوع منه) قد
رفع دعوى انشاء غيبة هذا الشريك بطلب قسمة ذلك المقار المشترك ، وحكم له بها فعلا (1)
ولكن هل يمكنه ان يطلب ابطال تلك القسمة والتي جرت اثناء غيبته ، او ليس له ذلك ،
وانما يكون له الحق في ان ياخذ الجذر الذي خرج للمشفوع منه .

أ - يرى ابن القاسم انه يحق لهذا الشفع ان يطلب نقض القسمة ، فيعود المقار
الى الشركة ، وياخذ الشفع من المشفوع منه ما خرج له على اساس انه جزء شائع .

ب - ويرى سحنون ان الشفع لا يحق له طلب نقض القسمة ، وانما ياخذ من المشفوع منه
ذلك الجذر الذي خرج له بمقتضى تلك القسمة ويصبح مالكا لها ملكية خاصة (2) .

ونذكر في الاخير ان المشفوع منه اذا كان غائبا هو ايضا في نفس المكان الذي يوجد
فيه الشريك ، اي كان الشريك والمشفوع منه غائبين عن مكان المقار ، وموجودين في مكان
واحد ، فان ذلك لا يعتبر عذرا بالنسبة للشريك ، بحيث اذا لم يطلب الشفعة الا بعد مرور
سنة على علمه بالمعاوضة ، فان حقه في الشفعة يسقط ، لان وجود المشفوع منه في نفس المكان
يجعله قادرا على ماالبته بالشفعة هناك .

وسياتي لنا عند الكلام على ما اذا كان المشفوع منه غائبا ان ذلك لا يعتبر
عذرا بالنسبة للمشفوع ، وانما يجب عليه ان يمارس حقه في الشفعة بالرغم من غيبة المشفوع
منه ، لان هذه الغيبة لا تحول دون ممارسته لهظا الحق .

كما سيأتيني لنا ان الشريك اذا تنازل عن شفحته لسبب غير حقيقي ، شسم
تضمن له ذلك ، فانه يحق له ان يطلب الشفعة ، ولا يسقط حقه بذلك التنازل ، والمدة التي
يحق له ان يطلب الشفعة خلالها في هذه الحالة هي سنة ابتداء من تاريخ اطلاع
على حقيقة الامر .

والراجع عند النقضاء ان مرض الشريك لا يعتبر عذرا مقبولا . بحيث اذا طالب
الشريك بالشفعة ، فثبت المشفوع منه ان هذا الشريك علم بانتقال الملك اليه منذ اكثر من سنة ،
فاعتذر بذلك الشريك بانه كان مريضا ، وان مرضه هو الذي منعه من القيام بطلب الشفعة ، فان
ذلك لا يقبل ، وانما يحكم بسقوط شفحته ، لان المريض يمكنه ان يوكل من ينوب عنه في طلب
الشفعة (3) .

كما انه لا يقبل اعتذار الشريك الذي يثبت علمه بالمعاوضة منذ اكثر من سنة . بانه
كان يجهل حكم الشفعة ، ولم يكن يعلم ان الشريك على الشيع يستحق الشفعة
فيما باعه شريكه . لانه لا يفتذر احد بالجهل ولو كان الشريك امرأة (4) .

(1) يستجاب له الب هذا المشتري للقسمة لاجل ان يتمكن من التصرف فيما اشتراه . الرهوني 301/6 .

(2) الرهوني 301/6 .

(3) الزقاني 182/6 . وذكر ان هناك قولا اخر يرى ان المريض لا يسقط حقه في الشفعة الا اذا مرت سنة
من تاريخ برئته .

(4) الحاشية 322/5 .

وهكذا يتبين لنا ان العمل يجري في المغرب على ان الاجل الذي حقق فيه للشريك ان يطلب الشفعة يمتد الى سنة ابتداء من تاريخ علمه بالمناوذة التي انتقلت حجبها حصصة شركه الى مالك جديد . فان كان الشريك غائبا اوله عذر يضمنه من قيام بالسبب الشفعة . فان الاجل المذكور لا يتبدى الا من تاريخ زوال ذلك العذر .
 بقي ان نشير الى ان الشريك الذي يرغب في الشفعة ولا بد من ان يطلب المنفوع منه هذه الرغبة اما عن طريق توجيه الطلب اليه مباشرة وكان لم يجنب له رفع عليه دعوى بذلك ، واما عن طريق التوجيه الى القضاء راسا بطلب الشفعة داخل الاجل المذكور . كما ياتي تفصيله .
 اما اذا اكتفى الشريك بإشهاد عدلين على انه استعمل حيا الشفعة فطال انقضاء قدر من شركه ، ولم يعلم بالمنفوع بذلك حتى مضى الاجل الممنوع له شرط الشفعة من تاريخ ختمه .
 مبني تاريخ علمه او من تاريخ زوال الطابع . ثم قام بطلب الشفعة بعد ذلك واحتجج بانه اشهد داخل الاجل على انه استعمل حيا الشفعة ، فان ذلك لا يكفي ، واما يحكم عليه بسقوط شفخته . وهذا هو الذي كان يجري به العمل بقا من في المصور الاخيرة . كما نقله الشيخ المسناقي عن سيدي العربي برداسة ، واقتصر عليه النجس التاوي في شرح التحفيسة ، كما اقتصر عليه الفشتالي في وثائقه .

وهذا يظهر ان ما ذكره ابو زيد القاسبي في زوال العمل (1) من ان العمل كان يجري على ان من اخذ بالشفعة سرا بدون اخبار المنفوع منه يكفي (2) ، ويمكنه ان يحتجج به ضد المنفوع منه ولو بعد الاجل ، وقد نسخ بالحصل الذي اشترنا اليه ، والذي يعني ان الاخذ بالشفعة سرا لا يمكن الاحتجاج به ضد المنفوع منه بعد نفاذ الاجل بالمنفوع للشريك ليستعمل الشفعة خالصة .

ونبهه في الأخير الى ان الشفيع اذا طالب الشفعة داخل السنة اعقبر الاول من سن السنة التي يحق له ان يشترج خذ لها ، فانه يحكم له بها بدون وجوب . وان لم يطلبها الا بعد مرور اكثر من نصف السنة ، فانه يلتزم بان يحلف على انه لم يستطع حقه في الشفعة (3) حينما سكت عن طلبها طيلة المدة السابقة .

النقطة الثالثة / طالب المشتري من الشريك اعراب عن رايه . وتالب الشريك التأخير علمه بالبيع . ونشيرا الى ان من مصلحة المشتري ان يعرف خبر التصيب الذي انتقل اليه ، هل يبقى بيده او ياخذ الشريك بالشفعة ، ولذلك كان من حق المشتري ان يرفع دعوى على الشريك يتالب منه قيمتها الاعراب فوراً عن موقفه من الشفعة ، هل يستعملها او يخطها . فان قرر

(1) بقوله : والاخذ بالشفعة سرا ينفع . به قضاة الوقت قالوا اجمع .

(2) التسولي في 109/2 .

(3) الزرقاني وبنات في 182/6 .

هذا الشريك الاخذ بالشفعة وجب عليه ان يؤدى الثمن والمصاريف في اجل لا يتعدى سنة
ايام والا سقط حقه في الشفعة.

ولا يحق للشريك فيما اذا رفع عليه المشتري دعوى المالبة بالاعراب عن حقه من
الشفعة ان يقبل ان له الحق في الشفعة خلال سنة ، ولذلك فانه لن يعرب عن حقه الا في
اخر السنة . لان هذا الحق انما يكون للشريك الذي لم يرتفع المشتري الى القضاء
بطلب الاعراب عن رايه فورا . اما اذا رفع المشتري هذه الدعوى ، فقد تبقى لدى ريك تلك الشفعة .
لان من حدى المشتري ان يرفع عن نفسه السرر الذي يلحقه من بقاء احد الشريك بالشركة
المدة . ذلك السرر الذي يتجلى في انه لا يمكنه طيلة هذه المدة ان يصرف ~~بما يشاء~~
اشترائه . كما انه لا يصرف ما اذا كان سيقس له ذلك النصيب او يمتنع ~~بما يشاء~~
الذي يصرفه عن ادخال التعديلات اللازمة ، وعن بذل اي جهد لاصححه . وقد يقرر
المشتري محروما من الانتفاع بما اشترى مدة قد تتعدى السنة (1) . كما انه محرم من
المال الذي يرفعه في سبيل الحصول عليه .

ونشير الى ان حق الشريك في الشفعة خلال سنة من تاريخ علمه بالانقضاء ، ولا يسقط
الا اذا رفعه المشتري الى القضاء ليطالب منه ان يقرر حالا ان كان ياخذ بالشفعة او لا . اما اذا
لم يرفع المشتري هذه الدعوى ، فان الشريك يقرر على حقه الى ان تنتهي السنة من تاريخ
علمه بالبيع ، ولا يسقط حقه هذا ولو طالب المشتري من الشريك بوسيلة اخرى ان يقرر حالا عن
موقفه من الشفعة (2) .

ويحق للمشتري " المشفوع منه " ان يرفع هذه الدعوى ضد كل شريك له الحق في الشفعة ،
اما شخصيا ان كان زهيدا . واما في شخص وليه التعري ان كان غائرا . فان كان من بين
الشركاء من هو قاصر وليه له ولي " مهمل " ، فيمكن للمشفوع منه ان يرفع هذه الدعوى عليه
في شخص القاضي الذي يتولى شؤون المحاجر ، لما هو معروف من ان المظالم ولي من لا ولي
له . والقاضي هو النائب عن السلطان في هذا الموضع (3) . ولا يلزمه ان يتشاور ان يصير
هذا القاصر زهيدا او العي ان يعين له ولي ينوب عنه ، لان في ذلك تسرا بهذا المشفوع
منه الذي تقتضي مصلحته ان يتقرر - فورا - صير الحصة التي ملكها .
وفي هذا يقول العلامة ابوالعباس احمد الوترسي : من حق المشتري " المشفوع منه "
ان يرفع الصغير الى الحاكم فيأخذ له " الشفعة " او يترك ، ولو كان الحاكم : يؤخر ذلك الى رشده
لم يكن له ذلك (4) .

(1) الزرقاني 184/6 في

(2) التسولي 114/2 في

(3) وتقتضى قواعد المظطرة المدنية بوجوب تبليغ هذه الدعوى الى النيابة العامة . وذلك حسبما ينص
عليه الفصل التاسع : يجب ان تبلغ الى النيابة العامة الدعاي الاثنية : (3000) القضايا المتعلقة
بنفاذي الاهلية ، ومحنة عامة جميع القضايا التي يكون فيها مثل قانوني نائبا او موازرا لاحد
الامارات . (4) غنية المفاهيم والتاسي : الجزء الاول صفحة 222 مطبعة حبرية .

ويقول الامام ابن يونس : واذا قام المشتري الشقص - الذي شقيقه حبي - ولا وصي له ، يرفع الى القاضي ، نظر القاضي له في الاخذ او الترك ، ويستعين في ذلك بمشورة اهل الرأي ، ولا ارى له مائل المشتري الى ان يوليه رجلا ، لما في ذلك من الضرر بالمشتري ، الا ان يكون على ثقة من انجاز ذلك مجازا في مثل اليوم واليومين والثلاثة اكثره (1) .

ويتبين من هذين النصين انه يتم بعلت القاضي - حينما يرفع المشتري عنده هذه الدعوى على المذنب الممهل " ويقاس عليه كل غاصر لا ولي له " ان يقرر فورا اما الاخذ بالشفعة للمدعي عليه او اسقاطها ، ويؤكد ان يستعين في معرفة ما اذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ان يشفع تلك الحصة او لا بالخبراء في هذا الموضوع . ولا يحق للقاضي ان يؤخر هذه الدعوى ولو لتعيين ولي لهذا القاصر يتولى الدفاع عنه ، الا اذا كان يعلم انه سينجز هذه العملية داخل ثلاثة ايام . وذلك لما ذكرنا من ان في هذا التأخير ضررا بالمشتري منه .

ثانيا : اذا طالب الشريك التأخير

سبق لنا ان اجل الشفعة لا يمتدى السنة من تاريخ علم الشريك بانتقال النصيب الى المشتري منه ، بحيث اذا مضت السنة على علمه بذلك فان حقه في الشفعة يسقط (2) .

وهنا انه يحق للمشتري ان يرفع دعوى على الشريك الذي يستحق الشفعة يطالب فيها تكليفه بان يصرح عن رايه في الشفعة ، هل يستطعها او يسقطها فورا ، حتى لا ييقن له المجهال طيلة السنة . فاذا طالب هذا المدعي عليه ان يمهل مدة يتروى خلالها ، وينالر هل يشفع او لا فهل يستجاب له ، وينظر له اجل لذلك ، او يؤمر بان يقرر حالا ما اذا كان يستعين الشفعة او يسقطها .

واذا طالب التأخير لينالر ذلك الشيء الذي هو موضوع الشفعة ، ليقدر به ذلك هل ياخذ بالشفعة او يتنازل عنها . فهل يستجاب له بالقبول هذا او لا .

واذا طالب الشريك مهلة ليحضر الثمن الذي سيشفع به . سواء تقدم بهذا الطلب عندما كان مدعي عليه ، اي عندما رفع عليه المشتري الدعوى ليصرح عن رايه في الشفعة . او عندما

(1) غنية المحاضر والتالي . الجزء الاول صفحة 222 عبارة حجرية . وذكر ان هذا هو

قول الامام ابن يونس .

(2) انظر صفحة : 151 (3) انظر صفحة : 156

كان مدعيا ، اي عند ما رفع هو نفسه الدعوى على المشتري يطلب فيها الحكم له بالشفعة ،
فهل يضرب له اجل لذلك ام لا ؟ . . .

للجواب على هذه الاسئلة يجب ان نذكر ان الحكم يختلف باختلاف تلك الحالات
الثلاث .

الحالة الاولى : طلب الشفع الشفيع التبري لينظر هل يشفع او لا .

اذا رفع المشتري دعوى على الشريك المستحق للشفعة (واحدا كان او متعددا) وطلب
الحكم عليه بان يقرر فوراً موقفه من الشفعة التي يستحقها ، هل يستعمل حقه هذا
او سقطه ، فاذا طلب هذا الشريك (المدعى عليه) مهلة يكون له خلالها الخيارات
بين ان يشفع او لا حسب ما سيظهر له ، فللمالك في ذلك رايان .

الراي الاول : روى ابن عبد الحكم عن مالك انه يؤخر مدة يسيرة اقصاص
ثلاثة ايام ⁽¹⁾ ليتروى خلالها ، ويقرر ما اذا كان من مصلحته ان يشفع او لا .

وقد استحسن اللخمي هذا التأخير ، الا انه يرى ان المشتري اذا كان قد رفع
هذه الدعوى فهو الشراء ، فلا بأس من ان يمهل الشفع الذي طلب التأخير ثلاثة ايام كاملة ، ليتروى
ويستشير ، لان المشتري نفسه قد تروى وتربص وكانت له مهلة حين الشراء ، ومن حق الشريك ان ينال

نفس هذه الفرصة التي نالها المشتري . اما ان رفع المشتري دعواه هذه بعد مدة من الشراء
فيجب ان لا يتعدى الاجل يوماً واحداً ⁽²⁾ ، لان الشريك قد اطلع قبل هذه الدعوى على انتقال
نصيب ، نكح الى شخص آخر ، ودرس ذلك وكون فكرة عما يحقق مصلحته ، فاذا طوّل
بالاخر راب عن موقفه من الشفعة ، لم يحتاج الى وقت طويل ليستقر رايه على حمل ضمن مصلحته .

الراي الثاني : يرى اشهب ، وصارف ان الشريك لا يؤخر ولو ساعة ، وانما يامسره
القاضي بان يضرب عن موقفه فوراً ، فان ذكر انه يشفع ، حكم له بها وامره باداء الشفيع
وان صرح بانه يسقط حقه فيها او يتنازل عنها ، سجل القاضي ذلك ، ولا يبقى له اي حق
في الشفعة حينئذ ، وان امتنع من الاعراب عن رايه ، او اصر على طلب مهلة حكم القاضي
بسقوط حقه في الشفعة ⁽³⁾ .

وهذا الراي هو المشهور والمحمول به في المذهب المالكي ⁽⁴⁾ .

ونشير اخيراً الى ان هذا الحكم وهو التزام الشريك بالاعراب عن موقفه من الشفعة حالاً ولا
سقطت شفيعته انما يطبق في حالة ما اذا رفع المشتري دعوى الى القاضي بطلب التزام الشريك
بالاعراب عن رايه .

(1) السبائك : 325/5 .

(2) فنية المعاصر 226/1 وقد ذكر ان اصل التأجيل بثلاثة ايام التي سماها الفقهاء بالتلم هو قوله
نصلي : (تمتعوا في داركم ثلاثة ايام) وقد اجل الفقهاء بثلاثة ايام في كثير من القضايا . منها ان المرتد
يستحب له ثلثة ايام ، ومنها ما ذكرنا . ومنها انهم اعطوا للقاضي الحق في ان يزيده
في كل اجل ثلاثة ايام في اخرها يعطيها للمؤجل كاجل اخير وهو المعتبر عنه بالتلم .

(3) السبائك : 325/5 .

(4) التسلسلي 114/2 .

أما إذا طلب المشتري من الشريك الأعراب عن موقفه من الشفعة بوسيلة أخرى غير الدعوى ، فإن ذلك لا ينتج عنه أي أثر ، ولا يلزم الشريك أن يعرب فوراً عن رأيه في الشفعة ، وإنما يبقى الشريك على حقه في الشفعة إلى أن تنتهي المدة التي له الحق في الشفعة خلالها . أو إلى أن يصرح الشريك بإسقاط حقه في الشفعة (1) .

الحالة الثانية : طلب الشفيع التأخير لينظر المشفع .

إذا رفع المشتري دعوى على الشريك يطلب منه فيها أن يعرب عن موقفه من الشفعة هل يستعمل حقه فيها أو يسقطها . فطلب هذا الشريك أن تعطى له مصلحة لينظر ذلك المقار الذي هو موضوع الشفعة ، ليتبين له على ضوء ذلك هل يشفعه أو لا ، فإن القاضي يطمئه أجلاً بمقدار ما يحتاجه للذهاب إلى المحل الذي يوجد فيه ذلك المقار ، والوقت الذي يكفي للنظر في المقار ثم الرجوع . ويختلف ذلك الأجل بحسب بعد المقار وقربه (2) .

الحالة الثالثة : طلب الشفيع التأخير لاضرار الثمن .

يمكن أن يطلب الشفيع التأخير لاضرار الثمن في صورتين الآتيتين :

1 - إذا رفع المشتري دعوى على الشريك يطلب منه فيها أن يجعل باتخاذ موقف من الشفعة التي استحقها ، فأجاب الشريك بأنه قرر استعمال حقه في الشفعة ، وأنه يطلب أجلاً لاضرار الثمن الذي ادّاه المشتري .

2 - إذا رفع الشريك نفسه دعوى على المشتري ، يطلب فيها الحكم على المدعى عليه بأن يمكنه من شفعة ما اشتراه مما هو في شركته . وأثبتت مرجحات الشفعة من شركته في الشيء الذي اشتراه المدعى عليه وشراء المدعى له للنصيب الذي يطالب به بشفعته . ثم طلب أجلاً لاضرار الثمن الذي صرفه المدعى عليه بخاتبة شرائه للشيء المشفوع . فإن المالكية يرون أنه يستجيب لطلبه ، ويضرب له أجل لاضرار الثمن ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار ذلك الأجل ، ولهم في ذلك قولان .

القول الأول : قال أصبح أن الأجل الذي يعطى من أجل اضرار الثمن يجب

أن يحده بحسب كثرة ذلك الثمن وقلته ، وما ينظر إلى حالة الشفيع من يسر وعسر على أن لا يتعدى في جميع الحالات شهراً واحداً .

وأختار ابن زرب هذا الرأي ، وذكر ابن ناجي أنه كان يسير عليه في قضائه ، وأنه كان يزيد في بعض الحالات على الشهر . ونص في المصليات على أن هذا الأجل يمكن أن يمتد إلى شهرين (3) .

(1) نفى المرجع السابق .

(2) الزرقاني 186/6 .

(3) التسولسي 51/1 .

القول الثاني : ان الاجل لا يمكن ان يتمدى في جميع الحالات ثلاثة ايام ، وهذا هو الذي استحسنته الامام مالك واخذ به . وذكر ابو الحسن ان هذا هو القول الذي يجري به المصل ، وان كان قد علق عليه بان فيه عشرة ومثقة على الشفيع ، وخصوصا اذا كان المال كثيرا . (1)

ولكن كثيرا من الفقهاء تمسكوا بهذا القول وحذوه ، وقد وا على اصحاب القول الاول . وهكذا نجد العلامة المهدي الوزاني في شرحه للمصل القاضي عدا طال في الرد على اصحاب القول الذين يرون ان اجل احضار الثمن يمكن ان يمتد الى شهرين بحسب كثرة المال وقتله ، وما لا يراى يسر الشفيع او عسره ، واتى بعدة نقول تدل على ان المصل يجري على عدم الزيادة على ثلاثة ايام ، لان في ذلك ضررا كبيرا بالمشتري ، حيث انه يحرم من النصيب الذي اشتراه وينزع من يده ، ثم يبقى محروما من الثمن الذي دفعه بعدة تد تدل الى شهرين فيجتمع على ضرر ان . ثم بعد ذلك نقل عن عبد الله الجاسي قوله : قد ضيقوا في باب الشفعة في ضرب الاجل لاحضار الثمن ليلا يجمع على المشفوع منه رزمتان ، فوات المشتري ، وتأخير الانتفاع بثمنه (2) .

وهو في المدونة ما نصه : قلت : فمن اراد الاخذ بالشفعة ولم يحضر الثمن ايتلهم له ؟ قال : قال مالك : رايت القضاة عندنا يؤخرون الاخذ بالشفعة في الثمن اليومين والثلاثة . واستحسنه مالك واخذ به (3) .

ونتساءل الآن عما اذا مضى الاجل ولم يحضر هذا الشريك الثمن الذي اجبل لاحضاره فهل تسقط شفيعته اولا .

يقول اللخمي في هذا الموضوع : اذا اخذ الشفيع واجل لاحضار الثمن فحان الاجل ولم يحضر الثمن فان الحكم يختلف بحسب ما يلي :

- (1) اذا طلب المشتري ان يحكم على الشريك بسقوط الشفعة فيما اذا لم يحضر الثمن في الاجل ، فان حق الشريك في الشفعة يسقط في هذه الحالة اذا مر الاجل ولم يحضر الثمن .
- (2) اذا لم يطلب المشتري ذلك ، وانما طلب الحكم على الشريك بتكليفه من ثمنه ، فلم يحضره في الاجل المضروب له ، فان المشتري يكون حينئذ بالخيار بين ان يمكن ذلك الشريك من الشفعة ويطالب ببيع ذلك النصيب على حساب الشفيع ليحصل المشفوع منه على ما خرج من يده من ثمنه ، فان لم يكف ذلك الثمن لتسديد ما صرفه المشتري بمناسبة شرائه ، فتباع بحصرا ملاك الشفيع له في القاية . وبين ان يتمسك بما اشتراه ، ويحكم القاضي حينئذ بسقوط حق الشريك في الشفعة . (4)

(1) غنية المعاصر . 225/1 .

(2) المهدي الوزاني على العمل القاضي 216 .

(3) نفس المرجع ص 215 .

(4) غنية المعاصر 225/1 .

البحث الثالث

اجراءات الشفعية

حينما يحلسم شريك ان تبيع احد شريكه انتقل بموافقة الى مالك جديد . ويرغب في استعمال حقه في الشفعة . فان له ان يستعمل احدي الويلتين التاليين : (1) ان يبلغ للمالك الجديد رغبته في شفعة اما بواسطة رسالة او رسول او مباشرة . فاذا قبل هذا المذيع منه ان يكون هذا الشريك من الشفعة . حضرا امام عدلين ووقع الاضمار عليه بتكليفه للشفع من الشفعة وتوصله بالثمن والهاريفه او بانه رضي ان يؤخر الثمن عن الشفع الى تاريخ كذا . وذلك تنتهي القضية . وينقل النصيب المذيع الى ملكة الشفع . وان لم يقبل المذيع منه ان يكون هذا الشريك من الشفعة وبما رغبه في استحقاقه لها وجب على الشفع حثيثا ان يرفع دعوى الشفعة داخل الاجل المقرر بالنسبة اليه .

(2) ان يلتجئ الى القضاء راسا من غير ان يتصل بالشفيع منه . ويتم اللجوء الى القضاء من طريق رفع مال الى المحكمة الابتدائية التي يقع العقار موضوع الشفعة في دائرتها . يشتمل على جميع البيانات اللازمة من اسم الدافعين وهوانهما والبيانات الكافية لتعيين العقار موضوع الشفعة وقياس النصيب الذي يطلب شفخته وتاريخ انتقاله الى المذيع منه . او تاريخ عليه بهذا الانتقال . واذا كان الشفع واحدا (1) . ذكرني قاله انه يرغب في شفعة جميع الحصص او الحصص التي انتقلت الى هذا الطعن عليه .

واذا كان الشفع متعدد ونسب في مرتبة واحدة وقد اتفقوا على رفعه قال واحد لطلب الشفعة . وجب عليهم ان يخمنوا في قائلهم نسبة ما يملكه كل واحد منهم ليحكم لكل واحد منهم بالشفعة على قدر نصيبه .

واذا كان هذا الشريك الراغب في الشفعة في مرتبة الدنس من بين الشركاء . فيجب ان يرفع دعوى الشفعة بحضور بقية الشركاء الذين هم اعلى مرتبة منه . ليقبل من المحكمة الحكم عليهم بالاعراب عن حقهم من الشفعة . هل يرغبون فيها ولا . فاذا اجابوا بانهم يرغبون في الشفعة سقط حقه فيها . وان ابرأوا عن تنازلهم عنها حكم له بهيما .

واذا كان يتضم الطعن عليه بان الثمن المذكور في العقد اكثر من الثمن الحقيقي الذي وقع به التعاقد . امكسه ان يطلب في مقاله توجيه اليمين على الشفع منه بان يحلف على ان الثمن المبره كذا .

(1) بحيث كان الشريك الوحيد للمالك القديم ، او كان بقية شركائه غائبين ، او كان هو اولى من بقية الشركاء بالشفعة .

ثم يرفق مقاله بما يثبت شركته على الشياح مما يطلب شفخته . وما يثبت انتقال النصيب المشفوع الى المدعى عليه بمحاوطة . و رفع مقاله بعد مضي اثنى عشر من سنة على انتقال الحصة الى المشفوع منه فعليه ان يثبت انه كان قادرا على اداء المشفوع به بمثل تلك النسبة (1) .

ثم يدلي المدعى عليه بالجواب . ولا يخلو خطبه مما يلي :
اولا - ان يجيب المشفوع منه . عن الب التفت (2) بانه مستعد لتكمين الشفيح من شفخته مقابل تكلفه باحضار جوس من يد من ثمن وحائس داخل الاجل الذي حدده القضاء . وحيث تكلف المحكمة المدعى باحضار الثمن والحاريف . (او تعيين خبرا لتدبر قيمة ذلك حسب اوقية الشيء السني دفمه المشفوع منه مقابل حوله على الدية المشفوعة وذلك حسب ما مرفعه في الفصل المخصص للمشفوع به) ثم تحدد للشفيح اجلا لا يتجاوز ثلاثة ايام لاحضار الثمن او القيمة . فتضم المحكمة بحرنه على المشفوع منه ، فان حازه فذاك والا تم ايداعه بضدوق المحكمة . ثم تحكم بالشفقة . وان مضي الاجل ولم يسم بضد الشفيح ما تكلف باحضاره . حكمت المحكمة بسقوط حقه في الشفقة . وهناك حالة اخرى تكلف فيها المحكمة المالب الشفقة باحضار الثمن او القيمة وفي الحالة التي يرفع فيها المالك الجديد دعواه ضد الشريك يطلب فيها تكلفه بالاعراب عن موقفه من شفقة النيب الذي انتقل اليه بمحاوطة وهل يشتمه أولا ، وفي حالة ما اذا قرر شفخته فليس المحكمة ان تكلفه باحضار الثمن والحاريف داخل ثلاثة ايام . والا حكمت بسقوط شفخته . وفي هذه الحالة يكسبون الحكم كما يلزمي :

أ - ان اجاب المدعى عليه بانه لا يرغب في الشفقة . حكم عليه بسقوط حقه فيها وكذلك اذا اجاب بانه لا يقرر شيئا قبل انتهاء الاجل الذي يحق له ان يستعمل الشفقة خذله .

ب - ان اجاب بانه يالب مجلس لتروى ويقرر هل يشفع أولا . فانه لا يجاب لهذا الطلب وانما يجب عليه ان يقرر قسورا هل يشفع أولا . والا حكم عليه بسقوط حقه في الشفقة .

-
- (1) سبق لنا ان الفقهاء يشترطون هذا الشرط في الذي يطلب الشفقة بعد مرور سنة على انتقال الحصة الى المشفوع منه . وراينا ان المجلس الاعلى اصدر سنة 1959 حكما نقض فيه حكم المحكمة الاقليمية بنفاذ التي حكمت بالشفقة لمن طلبها خارج السنة من غير ان تتحقق المحكمة من انه كان ملثا بالثمن خلال تلك السنة (انظر صفحة) لكن المجلس الاعلى لم يعد يحفل بهذا الشرط لاننا لا نعثر على حكم نقض فيه المجلس الاعلى حكما بسبب عدم تطبيقه هذه القاعدة مع العلم ان كثيرا من القضايا التي تتعلق بالشفقة يكون المالب قد قدم فيها بعد مرور سنة .
- (2) سواء في اول مراحل الدعوى او اثناءها عند ما يثبت الشفيح موجبات الشفقة ، ويتبين للمشفوع منه ان هذا المدعى محق في طلبه للشفقة .

ج - ان اجاب بانه يطلب اجالا لينظر في ذلك النصب الذي انتقل الي هذا المدعى
ويشتر على ضوء ذلك استعمال الشفعة او التنازل عنها ، فانه يعطى اجالا لا يزيد على
الوقت اللازم لذخابه الى مكان العقار ورجوعه .

د - ان اجاب بانه قرر استعمال الشفعة ، وطلب اجالا لاحضار الثمن ، فانه
يخرجه اجل لا يتعدى ثلاثة ايام . فان احضر الثمن (او القيمة بعد تحديدها
من قبل المحكمة) حكم له بالشفعة . وان لم يحضر الثمن سقط حقه في الشفعة .
هـ - اذا ما تسير عليه المحاكم . ومن ذلك القضية التالية .

رفع المشتري دعوى الى محكمة زرهون يذكر فيها انه اشترى من بعض شركاء الشركة
عليه حصة في الباتون المشتركة ، وانه يطلب تكليف المدعى عليهم بالتصريح هل ياخذون
بالشفعة او يصرحون بانه لاغرض لهم في ذلك ، وان صرحوا بالشفعة فيلزم من المحكمة
التزامهم باحضار الثمن ووضعه بصندوق المحكمة . فاجاب المدعى عليهم بانهم ياخذون
بالشفعة ، فامرتهم المحكمة باحضار الثمن للجلسة التي ستعقد لها بعد اسبوع ، فلم
يحلوا ، حكمت المحكمة بسقوط حقه في الشفعة .

وحسب هذا الحكم من طرف المحكمة الاقليمية يمكن ان يتم نقض وابطال
على حكمة الاستئناف بقاس فحكمت بتصحيح الحكم الابتدائي (1) .

ولم تكن محكمة الاستئناف بقاس حكما بان التمسع التي ساقها دفاع المستأنف عليه
حول تأجيل احضار الثمن في محلهما ، وينبغي اعتمادها ، وتؤكد ان الحكم
الابتدائي كان مبنيا على اساس ولا موجب لاستئنافه (2) .

ثانيا - ان يجيب بان المدعى لا يستحق الشفعة ، اما لانه (اي المدعى) غير
شريك على الشياع . او لانه (اي المدعى عليه) لم ينتقل له ذلك النصيب عن طريق
المعاوضة ، واما لان المدعى لم يرفع هذه الدعوى داخل الاجل المقرر له .

وحينئذ تحقق الدعوى وتصدر المحكمة حكما على ضوء ما ثبت لديه .
(1) فان تبين لها ان المدعى لا يستحق الشفعة حكمت بالنقض .

(2) وان تبين لها انه اثبت جميع موجبات الشفعة وانه يستحقها حكمت له بالشفعة .

والطالب ان مناصوق الحكم بالشفعة يكون كما يلي :

(1) حكم رقم 77/2049 بتاريخ 10 رجب 97 موافق 28.6.77 في القضية الشرعية عدد 2617 .

(2) في مذكرة المستأنف عليه ما يلي :

عند ما اجاب المستأنفون بانهم ياخذون بالشفعة كان عليهم ان يحضروا الثمن داخل ثلاثة
ايام الا ان القاضي وسع لهم في الاجل وكلفهم باحضار الثمن لمدة اسبوع ، ومع ذلك لم يفعلوا فاصدر

حكمه المطالبين لقواعد الفقه .
فمقب المستأنفون بان المحكمة لم تعطهم اجالا كافيا ، كما انه كان على المحكمة ان تحكم على

المشغوع منه باليمين على ان الثمن ظاهره كماله او باجراء خيرة لتقسيم الارض لحازنة الثمن الحقيقي مع الثمن
الذي وقع به البيع ، لا يمكن لهم ان يصرحوا شفا ليس محققا .

فمقب المستأنف عليه بان وضع الثمن يميني الحكم على المشغوع منه باليمين والا شاعت يمين المشغوع منه
بما اذا تنقل بان الثمن كثير عليه ولذلك فان وضع الثمن بصندوق المحكمة يعرب عن استعداده للاخذ
بالشفعة . ثم ان المشغوع منه لن ياخذ الا بعد اليمين .

تحم على المدعى عليه بتكوين المدعى من شفعة النقيب الذي يطلب شفعتيه
بعد يومين على انه لم يعلم بانتقال الشفيع الى المدعى عليه الا منذ اقل من سنة على تاريخ
قاله . في المحكوم عليه ان يؤدي اليمين على ان الثمن المذكور في العقد ظاهره كباطنه .
فان حلف حقه ، وعلى الشفيع ان يؤديه له والا سقط حقه في الشفعة . وان نكل المشفوع منه
عن هذه اليمين فطلى الشفيع ان يؤدي القيمة التي كان النقيب المشفوع بها وبها حين العقد
ما لم تد على الثمن المذكور . والا ادى الثمن المذكور .
مصاد من هذا النص للحكم .

أما ان الشفيع لا يؤدي الثمن قبل الحكم له بالشفعة ، وانما يصدر الحكم له
بالشفعة كما يثبت بوجباتها ولا يكلف باحضار الثمن قبل الحكم بالشفعة لان القضاة
يرون انه ما دام المشفوع منه لم يطلب تكليف الشفيع باحضار الثمن والمصاريف قبل الحكم
له بالشفعة ، فلا يحق للمحكمة ان تدفع عن هذا المشفوع منه وان تحكم له
بالم ياتيه . وهذا ما قرره محكمة الاستئناف بما س عند ما قالت :

وحيث ان محل تحديد اداء الثمن بثلاثة ايام هو فيما اذا اوقف المشتري طالب الشفعة
امام القضاء وطلب منه ان ياتى بالشفعة او يسقط الحق فيها . فان القاضي يلزمه
بالاخذ او الترتك فوراً ويؤجله لاحضار الثمن بثلاثة ايام على ما في ذلك من خفف نسبي عليه
الفقهاء عند قول المتصرف كمثل احضار الشفيع للثمن . وعند قول خليل رحمه الله
واستعمل ان قدس ارتياء ساعة .

حيث ان المتنازع بشفعة مقترنا لم يوقف المتنازع عليه امام القضاء لياخذ
او يترك ويستعمله باداء الثمن كما انه عند ما اجاب عن الدعوى لم يحترف بالشراء وانما
صرح بان المدعى لم يدل بموجبات الشفعة وذلك فان الثمن كان ساعة وقوع الدعوى مجهولاً
ولم يؤسر المتنازع عليه باداء الثمن من طرف القضاء الذي لم يحتج له الاجل لئلا اذا الاداء لعدم
اليه من المتنازع . ان لو اراد ان يستعمل هذا الحق لحلق تمكن المتنازع عليه مسس
الشفعة على اداء الثمن وان ذاك لا بد للقضاء من تحديد وقت الاداء طبق ما تقتضيه النصوص
الفقهية في الموضوع (1) .

بما ان المحكمة تحكم على المدعى بان يحلف على انه لم يعلم بانتقال النقيب
الذي يات شفعتيه الا منذ اقل من سنة على تاريخ المقال . وهذه اليمين لا تحكم بها
الحكمة . اذا رفع المدعى دعواه بعد مرور اكثر من سنة على تاريخ المعاملة ، وادعى
المدعى عليه بان المدعى علم بتلك المعاملة قبل اكثر من سنة واجاب المدعى بان
لم يعلم بها الا منذ اقل من سنة فتحكم عليه المحكمة حينئذ باليمين . فان حلف

1 القرار رقم 77/2225 الصادر يوم 24 رجب 1397 الموافق 12 يوليوز 1977 في القضية
الشرعية ع 77/4275 .

على انه لم يعلم الا منذ اقل من سنة استحق الشفعة ، وان نكل عن اليمين توجهت
هذه اليمين على المدعى عليه . فان حلف على ان المحكوم له لم يرفع دعواه
الا بعد مرور سنة على علمه بسببه للحصة سقط حق الشفع في الشفعة . وان نكل بدوره عن
اليمين ثبتت الشفعة للمحكوم له لان القاعدة تقضي بان النكول المقابل للنكول يعتبر
تصدقا للناكل الاول .

ج - ان قسم التنفيذ لا يفي بتولس تغطية قسيمة المشفوع به ، واليمين ، وذلك
على الكيفية التالية :

(1) ان كان المشفوع قد انتقل الى المشفوع منه عن طريق البيع ، فان قسم التنفيذ
بالبيع من المحكوم له يات في حصة المزار الثمن المذكور في العقد ، مع المصاريف . ويضرب بالسببه
الاجل الذي ما يؤدى على ان يتم اذرا الى ان المشفوع منه يعتبر متنازلا عن حصة
الاجل الذي حصة لم يات من المحكمة تكليف الشفع باحتسار المشفوع به داخل ثلاثة
ايام .

أ - ان لم يحضر الشفع داخل الاجل المحدد له ، حرر قسم التنفيذ محضرا
بذلك . وهذا من ان يقع في الشفعة .

ب - وان احضر الشفع ما عليه منه قسم التنفيذ وشفع بصندوق المحكمة ، قسم
ذلك من المشفوع به بان يؤدى اليمين المحكوم عليه بها على ان الثمن المأثرة كباقياته .
فان حلفا دفع له الثمن ، وكان الشفع من الحصة المشفوعة . وبذلك
تتسهي التهمة .

وان نكل المحكوم عليه عن اليمين المذكورة ، حرر محضرا بذلك النكول . ثم يقوم
بذلك الشفع على يد يمين او اكثر لتصرف القيمة التي كان يساويها يوم الحياطة التمسهي
ثم انتقال الشفع بموجب ما الى هذا المشفوع منه .

فان كان يمينه اتى من الثمن المنصوص عليه في العقد او تساويه . دفع له تلك القيمة
بما هو موصوف بصندوق المحكمة . ورك للشفع ما فضل عن ذلك .

وان يمين ان يمينه اكثر من الثمن المنصوص عليه في العقد . دفع للمشفوع منه القدر
المنصوص عليه فقط . لانه لا يفتحق اكثر مما ينص عليه عقد شرائه .

(2) اما اذا كانت الحصة قد انتقلت الى المشفوع منه عن طريق مفاوضة غير البيع ،

فان قسم التنفيذ هو الذي يقوم به بواسطة خبير او اكثر . ذلك الشفع او ذلك المصروف . على
حسب ما بيناه في الفصل المتعلق بالمشفوع به . ليخلص ما يجيب على الشفع ان يؤديه
للمشفوع منه . ثم يكلف الشفع بان يحضر داخل الاجل المذكور .

د - ان قسم التنفيذ هو الذي يرجع اليه امر تعيين ما اذا كان على الشفع
ان يؤدى الثمن حالا او عند حلول الاجل . حسب ما اذا كان الثمن مباحلا او مؤججا .
وعلى ضوء الاحكام التي بمقتضاها في الفصل المنصوص للكسار على المشفوع به .

وتبين من هذا ان ميراث شفعة لا يقرر بالحكم الذي تصدره المحكمة ، وانما يقرر معلقا الى التنفيذ . وان نعم التمس له سلطة وامانة في هذا الموضوع . وهذا يتنافى مع ما هو معروف من ان الحكم اذا كان يكون فاصلا في الموضوع ، وان قسم التنفيذ تنحصر منته في الاجراءات الكفيلة بتنفيذ موقوف الحكم ، وليست له اية سلطة لتفسير الحكم او تعديله .

ولهذا رى ان السلطة تقتضي ان تحصل المحكمة قبل اصدارها للحكم بالشفعة على تصفية جميع ما يتعلق بهذا الموضوع ، وذلك عن طريق اصدارها - حرمنا بتبيين لنا ان المدعى توفرت له موجبات شفعة - حكما نهائيا بما تنص فيه على ما يلي :

- (1) توجيه المومن على اسم على انه لم يعلم بانتقال الحصة التي يطلب شفعتها النسب هذا المسمى منه الا انه قد تم من تاريخ ماله ، ان كان لهذه المومن موجب . مع انصر على انه ان شئنا فنتقلب على المدعى عليه .
 - (2) ايداع الثمن عندون المحكمة ان كان حالا ومصرفا . او تعيين خبير لتحديد القيمة ثم ايداعها عندون المحكمة داخل شدة ايام اذا كان ذلك لازما .
 - (3) توجيه المومن على المدعى عليه على ان الثمن ثمنه كباقيته (ان الب الشفع توجيه هذه المومن) مع انصر على انه اذا نكل فتقوم الحصة على يد خبيره .
- وعلى غرض هذا الحكم التمييزي تصدر المحكمة حكما الفاسل في الموضوع وع .
- ويمكن ان نجد المرر في اتمام المحكمة على تكليف الشفع باحضار الثمن ولو لم يمس
- طالب المافوق منه ذلك في اية شفعة شفعا .

ذلك اننا عرفنا ان الشفعة هي استحقاق الشريك ان ياخذ النصيب الذي انتقل الى مالك جديد بموافقة مقابل ان يؤدي لهذا المالك الجديد جميع ما خرج من يده بموافقة حصوله على ذلك النصيب . وهذا يعني ان الشريك طالب الشفعة لا يستحق ان يشفع ذلك النصيب الا اذا دفع لملكه الجديد كل ما عرفه في سبيل حصوله عليه . وبذلك تحصل على تنفيذ الضرر الذي يلحق هذا المشفوع منه من انتزاع ذلك النصيب من يده بانضمام منه .

وانا كان المشفوع منه لم يالب تكليف الشفع باحضار الثمن قبل الحكم له بالشفعة ، فان الذي يبرر قيام المكمة من تلقاء نفسها بتكليفه باحضار هذا الثمن ، ان الشفع لا يستحق شفعة ذلك النصيب الا اذا تحققنا من توفر اركانها كلها . ونعني ان يؤدي الشفع للمشفوع منه ما خرج من يده مقابل حله على ذلك الشيء المشفوع .

وهذا يبين ان تكليف الشفع باداء المشفوع به قبل الحكم له بالشفعة مقبول ولا يتوقف على طالب المشفوع منه .

وقد رأينا ان حصة صاحب ابي حنيفة يرى انه لا يجوز الحكم بالشفعة الا اذا احضر الشفع الثمن والحاريف .

وهذا ما يجب ان نتمسك به ونسير عليه ، لنرفع عن المشفوع ضمه الشر الذي يلحقه من الحكم عليه بالشفقة قبل ان يتحقق من مجموع ما خرج من يده موضوع رفضه اشارة .

وبالفعل فان بعض المحاكم تيسر على هذا الاتجاه . ومنها محكمة الاستئناف باكاويسر حيث اصدرت حكما تمييزيا بحسب ان تميز لها ان البالشفقة اثبتت موجباتها . وحيث بموجبها انذار الى الشفيع لتبنيه فيه ايداع ضمن الشفعية بصدوق كتابته النبط في شرف ثلثة ايام من تاريخ تبنيه بهذا الانذار . ولما ثبت للمحكمة قيام الشفيع بذلك ، انزل الاجل . احبت ، كطما باستحقاقه للشفقة . وورد في حيثيات حكما ما يلي :

وحيث ان المتنازع عليه " البالشفقة " ثبت دعواه كما يجب شرعا ، كما ابدى استعداده لاختار حصة سريته من طريق الشفقة ، حيث وضع به صدوق المحكمة الابتدائية قسمة الطيبك الحادل الواردة في عقد طما ونو ستة آلاف درهم ، وخصما ، انزل الاجل القانوني المحدد له من وقت المحكمة وهو ثلثة ايام بحسب ان يبلغ اليه القرار التمييزي انظارا اليه اعادة . (1)

(1) قرار رقم 1846 - بتاريخ فاتح ذي الحجة 1399 - 23.10.1979 ، قسمة
عدد 8/3072 " لم يتسمر " .

الفصل الثاني

تزامم الشركاء في الشفعة

عند ما يكون شخصان شريكين على الشاع في عقار ، فنقل نصيب أحدهما إلى شخص آخر بما وضه ، فإن شريكه يستحق شفعة نصيبه ، ولا تشور في هذه الحالة أية مشكلة .

ولكن عند ما يتعدد الشركاء ، فنقل نصيب أحدهم إلى شخص آخر من غير الشركاء ، فإن التماثل يقع حول ما إذا كان الشركاء الآخرون يستحقون الشفعة جميعا . وكيف يوزع النصيب المشغور بينهم في هذه الحالة . هل يوزع بينهم بالتساوي ، أو بنسبة ما يملكه كل واحد منهم ، أو أن بعض الشركاء أولى من بعض في استحقاق الشفعة بحيث يقدم بعض الشركاء عند التزامهم على البعض الآخر . ما هي هذه المراتب إن كانت . ثم ما هو الحكم عند ما يتعدد الشركاء ، فنقل نصيب واحد منهم أو أكثر إلى أحد الشركاء عن طريق المعاوضة . هل يستحق الشركاء الآخرون الشفعة في هذه الحالة أولا يستحقونها . وإذا كانوا يستحقونها فهل يأخذون ذلك النصيب كله من يد مالكه الجديد . أو يتركون له جزءا منه بصفته كان شريكا أيضا حتى قبل أن ينتقل إليه ذلك النصيب الجديد .

سنجيب على هذه الأسئلة في بحثين . نخصص أحدهما للكلام على الشركاء المتساوين في استحقاق الشفعة . والثاني لحق الأولوية في الشفعة .

المبحث الأول : الشركاء المتساوين في استحقاق الشفعة .

يكون الشركاء متساوين في استحقاق الشفعة إذا كان سبب تملكهم واحدا . (وبمبسر الفقهاء على ذلك بأن يكون مدخلهم واحدا) وذلك كما إذا اشترى ثلاثة أشخاص ، أو على وجه الشركة بينهم ، وكما إذا مات شخص وترك عقارا وخلف اثنين وبنين . فإن الأشخاص الثلاثة المذكورين في المثال الأول متساوين في المدخل ، لأنهم اشتروا الدار بعقد واحد ، وبذلك يعتبرون متساوين في استحقاق الشفعة ، فإذا باع أحدهم نصيبه في تلك الدار ففسان الآخرين يشفان معا من المشتري ذلك النصيب ، ولا يحق لأحدهم أن يستأثر بشفعة بجميع ما اشتراه ذلك المستوى ما دام الآخر متشيفا يطلب الشفعة أيضا ، لأنه ليس أحدهما بأولي من أحد في الشفعة . كما أن الابن والبنين والبنات في المثال الثاني يعتبرون في درجة واحدة من حيث ثبوت الشفعة لهم ، لأنهم تجمعهم صفة واحدة ، وهي أنهم ملكو هذا المقار عن طريق الإرث بالتعصيب .

وإذا كان من المبادئ المسلم بها أن الشركاء إذا كانوا متساوين في المدخل فانهم يستحقون جميعا الشفعة ، إلا أنه وقع نقاش كبير بين العلماء حول ما إذا كان لهم ألا الشركاء أن يقتسموا بينهم النصيب المشغور على عدد رؤسهم ، ويقطع النظر عما إذا كانت حظوظهم متفاوتة أو متساوية ، أو أنهم يقتسمونه على قدر حظوظهم ،

بحيث ياخذ كل واحد منهم بنسبة ما يملك ؟ وجد في هذا التردد رأيان :
 الرأي الاول : ان الشفعا اذا تعدد وان ذلك النصيب المشفوع يوزع بينهم بالتساوي .
 بحيث اذا كان الشفيع اثنين اخذ كل واحد منهما نصف النصيب المشفوع ، واذا تعدد
 ثلاثة اخذ كل واحد منهم ثلثه وهكذا ، سواء كانوا ضامنين في الشركة ، او كل واحد
 حظوظهم مختلفة .

وممن قال بهذا القول : النهضي ، والشمبي ، وابن ابي ليلى ، وابن نيرمسية ،
 والثوري ، واصحاب الرأي (الحنفية) وهي احدى الروايتين عن احمد بن حنبل ، واختارها
 ابن عقيل من الحنابلة .

واحتج اصحاب هذا الرأي . بانه لما كان كل شريك بحقه ان يشفع حصص
 ما اشتراه المشفوع منه ، فيما لو انفرد . فمتى ما يجتمع الشركاء يكونون ضامنين في شدة
 الحق ، فيقسم بينهم بالتساوي . (1)

الرأي الثاني : ان الشفعا اذا تعددوا وشفعوا جميعا ، فان النصيب المشفوع يوزع بينهم
 بحسب ما يملكه كل واحد منهم . بحيث لو فرضنا ان ثلاثة اشخاص يملكون دارا مشتركة
 بينهم . اقدمهم يملك نصفها . والثاني يملك ثلثها ، والثالث يملك سدسها ، ثم
 باع صاحب النصف نصيبه هذا ، وطالب الشريكان بالشفعة . فان ذلك النصيب يقسم
 على ثلاثة .

وممن قال بهذا القول : علي بن ابي طالب (2) ، والحن ، وابن سيرين ، وعطاء ،
 والملكبة ، وسوار ، والمني ، واسحاق ، وابوعبيد ، والشافعي في احد قوليه ، وهو ان حرج
 في المذهب الحنبلية (3) .

واحتج اصحاب هذا الرأي ، بان الشفعة تثبت بسبب الاشتراك في الملك ، فبأنه
 بمثابة الفلقة ، تثبت للشريك على قدر نصيبه في المقار . كما ان الشفعة تثبت للرجل
 الناتج للشركة في الاموال ، ومن المعلوم ان ذلك الربح يقسم بين الشركاء بحسب ما حازم
 به كل واحد في راس مال الشركة (4) .

كما انهم ردوا على انصار المذهب الاول بان حجتهم لا يمكن قبولها ، لانهم
 لا يلزم من استحقاق الشفيع الواحد شفعة الجميع فيما اذا انفرد ، ان يشفع نفسه ما يشفعه
 الشريك الذي يملك نسبة اعلى منه في المقار المشترك عندما يتعدد الشركاء . ان اتسبا
 نجد كثيرا من الامثلة يستحق فيها الشخص الشيء كله اذا انفرد ، لكنه اذا وجد فيه
 غيره فلا يقسم معه ذلك الشيء بالتساوي . ومن ذلك : الابن والاب . اذا انفرد احدهما
 في الارث فانه يرث جميع التركة ، بحيث اذا مات شخص وترك ابنا فانه ياخذ الجميع .
 واذا ترك ابا فقط فانه ياخذ جميع التركة ايضا . لكن اذا اجتماعهما ، كما لو فرضنا

(1) المغنى 523 / 5 ومدايح الصنائع 5 / 3 . (2) المدونة الكبرى 207 / 4

(3) وثبتت الشفعة للشركاء على قدر الحصة هو القول الجديد للشافعي كما جاء في فتح العزيز 47 / 1

(4) المعاملات 69 / 1

ان شخصا توفي وترك ابا وابنا ، فانهما لا يقسمان التركة بالتساوي ، وانما يستحق الابن اكثر من الاب ، لان قرابته للمتوفى اشد وصلته به اقوى . ومن ذلك ايضا الدائن عند ما يفلس المدين ، فان هذا الدائن ياخذ جميع ما يوجد عند المدين ، ليستوفي منه دينه ، لكن اذا تعدد الدائنون وتفاوتت ديونهم ، فانهم يوزعون مال المفلس بينهم على نسبة تلك الديون ، ولا يوزع عليهم مال المدين بالتساوي .

وما يمكن ان يحتج به انصار القول الاول من ان الابن الواحد اذا اتفرد استولى على التركة كلها ، واذا تعدد الابناء فانهم يقسمون التركة بينهم بالتساوي ، يجاب عنه بان الابن تساوى في السبب الذي ورثوا به وهو البنوة ، لانه من المؤكد ان البنوة درجة واحدة بالنسبة لكل الابناء ، فهم بمثابة ما لم كان الشركاء ، يكون انصبه خاصة في المقار (1) .

وهكذا يتبين لنا ان العدالة تقتضي ان يوزع النصيب المشقوق على تسعة بنسبة ما يملكه كل واحد منهم . لان الشفعة ترتبت عن الملك ، فوجب ان تثبت بنسبة ذلك الملك . كما ان الشفعة شرعيت لرفع الضرر عن الشريك ، وهذا الضرر يزداد وتقلل تبعا لنسبة ما يملكه الشريك في العقار . ولذلك كان من حق ان يشفع بنسبة ما يملكه في ذلك العقار .

ونشير الى ان قوانين كل من المغرب (المادة 26) ، ومصر (المادة 937) ، وليبيا (المادة 941) ، ولبنان (المادة 240) تأخذ مبدأ توزيع الحصة المشققة بنسبة نصيب المستحقين للشفعة . وانفرد القانون العراقي بالنص على ان الحصة المشققة توزع بين المستحقين للشفعة بالتساوي (المادة 1131) .

ومعد ان عرفنا ان الرأي الذي يسير عليه الملكية هو ان النصيب المشقوق يوزع بين الشفعاء بنسبة ما يملكه كل واحد منهم في العقار . علينا ان نبحث كيفية توزيع ذلك النصيب بين هؤلاء الشركاء لتعيين ما يستحقه كل واحد منهم فيه .

وفي هذا الصدد نذكر انه يجب ان ننظر الى مخرج سهام الشركاء جميعا ، ثم نستخرج من هذا المخرج سهام الشفعاء ، ثم نقسم النصيب المشقوق على هذه السهام ونعطي كل واحد منهم من ذلك النصيب نفس عدد سهامه . ونمثل لذلك بالامثلة الاتية :

(1) لو فرضنا دارا مشتركة بين اربعة اشخاص يملك احدهم (خمسة) النصف ، ويملك الثاني (علي) الربع ، ويملك الثالث (ادريس) الخمس ، ويملك الرابع (خالد) نصف العشري جزأ من عشرين جزءا . فان مخرج سهامهم عسرون ، ولمحمد 20/10 ، ولعلي 20/5 ، ولادريس 20/4 ، ولخالد 20/1 .

أ - فاذا باع محمد نصيبه الذي هو النصف . وطالب الآخرون بالشفعة . فان ذلك النصيب يقسم على سهام هؤلاء الشفعاء . اي على عشرة . ياخذ منها علي خمسة اجزاء ، ويأخذ ادريس اربعة اجزاء ، ويأخذ خالد جزءا واحدا فتصبح نسبة كل واحد من الشفعاء

هكذا . لعلي 5/10 ولا دريس 4/10 ولخالد 1/10 .

ب - اذا باع علي نصيبه الذي هو الربع ، وطالب الآخرون بالشفعة ، فان ذلك الربع يقسم على هؤلاء الشفعاء اي على خمسة عشر . ياخذ محمد عشرة اجزاء منها . وياخذ ادريس اربعة ، وياخذ خالد جزءا . فتصبح نسبة كل واحد من الثلاثة هكذا : لمحمد 10/15 ولا دريس 4/15 ، ولخالد 2/15 .

ج - اذا باع ادريس نصيبه الذي هو الخمس ، وطالب الآخرون بالشفعة ، فان ذلك الخمس يقسم على ستة عشر جزءا ، ياخذ محمد عشرة اجزاء منه . وياخذ علي خمسة اجزاء ، وياخذ خالد جزءا واحدا فتصبح نسبة كل واحد من الثلاثة هكذا : لمحمد 10/16 ، ولعلي 5/16 ولخالد 1/16 .

د - اذا باع خالد نصيبه الذي هو جزء من عشرين جزءا . وطالب باقي الشركاء بالشفعة ، فان ذلك الجزء يقسم على تسعة عشر جزءا ، ياخذ محمد عشرة اجزاء ، وياخذ علي خمسة اجزاء منه ، وياخذ ادريس اربعة اجزاء . وتصبح نسبة كل واحد من الثلاثة هكذا : لمحمد 10/19 ، ولعلي 5/19 ولا دريس 4/19 .

(2) ولم فرضنا ان دارا مملوكة لاربعة اشخاص ، يملك احدهم نصفها ، والثاني ربعها ، والثالث ثمنها ، والرابع ثمنها ايضا .

أ - فاذا باع صاحب النصف نصيبه ، وطالب الآخرون بالشفعة ، فان ذلك النصيب يقسم على سهام هؤلاء الثلاثة وهو اربعة ، ياخذ صاحب الربع جزاين ، وياخذ كل واحد من صاحبي الثمن جزءا . وتصبح نسبة كل واحد من الثلاثة هكذا 4/8 ، و2/8 ، و2/8 .

ب - اذا باع صاحب الربع نصيبه ، وطالب الآخرون بالشفعة ، فان هذا الربع يقسم على ستة ، ياخذ صاحب النصف اربعة اجزاء ، وياخذ كل واحد من صاحبي الثمن جزءا ، فتصبح نسبة كل واحد من الثلاثة هكذا 4/6 ، و1/6 ، و1/6 .

ج - اذا باع احد صاحبي الثمن نصيبه ، وطالب الآخرون بالشفعة ، فان هذا الثمن يقسم على سبعة ، ياخذ صاحب النصف اربعة اجزاء ، وياخذ صاحب الربع جزاين ، وياخذ صاحب الثمن الآخر جزءا واحدا . وتصبح نسبة كل واحد من الثلاثة هكذا : 4/7 ، و2/7 ، و1/7 .

(3) ولو فرضنا ان دارا مشتركة بين خمسة اشخاص ، يملك احدهم نصفها وآخر ثلثها .

والثالث سدسها .

أ - فاذا باع صاحب النصف نصيبه ، وطالب الآخرون بالشفعة ، فان ذلك النصيب يقسم على ثلاثة اجزاء ، ياخذ صاحب الثلث جزاين ، وياخذ صاحب السدس جزءا واحدا . وتصبح نسبة كل واحد من الشريكين هكذا : 3/5 ، و2/5 .

ب - واذا باع صاحب الثلث نصيبه ، وطالب الآخرون بالشفعة ، قسم ذلك الثلث على اربعة ، وياخذ صاحب النصف ثلاثة اجزاء ، وصاحب السدس جزءا ، وتصبح الدار مملوكة لهما .

على النسبة الآتية : $3/4$ و $1/4$.

ج - وإذا باع صاحب السدس نصيبه ، وطالب الاخران بالشفعة ، فان ذلك السدس يقسم على خمسة ، ياخذ صاحب النصف ثلاثة اجزاء ، وياخذ صاحب الثلث جزائين ، وتصبح نسبة ملكهما هي : $3/5$ و $2/5$.

وهكذا يتبين لنا ان الراي الراجح يسير على ان الجزء المشفوع يوزع بين الشركاء على حسب ما يملكه كل واحد منهم ، ولا يوزع عليهم بالتساوي ، لان في ذلك غنا على من يملك اكثر من الآخر ، ويتجلى هذا الفين في المقارنة الآتية :

أ - في المثال حرف أ من رقم 1 لو قسمنا النصف الذي باعه محمد على الشركاء الثلاثة بالتساوي فان كل واحد منهم ياخذ ثلث ذلك النصف ، وتصبح نسبة ما يملكه علي في الدار هو $25/60$ بدلا من $30/60$ ، وتصبح نسبة ما يملكه ادريس $24/60$ بدلا من $22/60$ وتصبح نسبة ما يملكه خالد $13/60$ بدلا من $6/60$

ب - كما اننا لو قسمنا نصيب البائع في المثال حرف ب من رقم 2 بالتساوي بين الشركاء ، لاصبحت نسبة الشركاء هكذا $28/48$ بدلا من $32/48$ و $10/48$ بدلا من $3/48$

ج - وفي المثال حرف ف من رقم 3 لو قسمنا الثلث الذي باعه صاحبه بالتساوي بين الشريكين الباقيين ، لاصبحت نسبة ما يملكه كل واحد منهما كما يلي : $16/24$ بدلا من $18/24$ و $8/24$ بدلا من $6/24$.

وفي هذه الامثلة نرى ان توزيع النصيب المشفوع بالتساوي على الشركاء يقطع النظر عما يملكه كل واحد منهم ، ينتج عنه ان الشريك الذي يملك اكثر من الآخر ياخذ مثل ما ياخذ غيره ، وفي هذا غبن عليه مما قل الفين الذي ينتج عن توزيع الربح بين الشركاء بالتساوي يقطع النظر عما يملكه كل واحد في الشركة ، وما ان توزيع الربح على الشركاء بحسب ما يملكه كل واحد منهم في الشركة هو الذي يحقق العدالة ويقيه المنطق ، فكذلك يجب ان يوزع النصيب المشفوع على الشركاء بحسب ما يملكه كل واحد منهم في العقار المشترك .

ونشير في الاخير الى ان المعتبر في تحديد ما يستحقه كل شريك من الشركاء المتالبيين للشفعة ، هو ما يملكه كل واحد منهم يوم المطالبة بالشفعة (1) . بحيث ينظر الى نسبة ما يملكه كل واحد منهم في العقار المشترك ، وعلى اساس تلك النسبة يوزع النصيب المشفوع ، كما راينا في الامثلة السابقة ، وسواء كانت تلك النسبة هي نفس النسبة التي كانت يوم بيع الشريك البائع لنصيبه ، او لم تكن هي نفسها .

(1) الزرقاني 183/6 ذاكرا ان هذا هو المحتمل . وهذا يعني ان هناك قولاً اخر يرى ان نسبة يجب ان تراعى النسبة التي كانت للشركاء يوم البيع ، وعلى اساسها يقع توزيع النصيب المشفوع .

المبحث الثاني

حق الأولوية في الشفعة

=====

حق الأولوية في الشفعة ، يعني ان لبعض الشركاء ان يتقدموا على غيرهم في الشفعة بحيث يكون لهم ان يشفعوا دون الشركاء الآخرين . ولا يثبت لباقى الشركاء الحق في الشفعة الا اذا لم يرك من كان له الحق في الأولوية ان يشفع . وهذا يعني ان الشركاء قد يكونون غير متساوين في استحقاق الشفعة ، بل يكون بعضهم اولى بالشفعة من بعض.

وتكلم فيما يلي على رأي الفقهاء حول ما اذا كان الشركاء جميعا يستحقون الشفعة او ان بعضهم اولى من بعض . ثم ما هي مراتب الشركاء عند الملكية ، ثم ما هي القواعد التي تنطبق عند تعدد مراتب الشركاء .

النقطة الأولى :

شغل الشركاء من مرتبة واحدة او عدة مراتب .

يشور هذا السؤال عند ما يتعدد الشركاء ويون سبب تملكهم مختلفا ، بحيث يكتسبون بعضهم قد تملك نصيبا في العقار بسبب شراء ، وبعضهم عن طريق الارث ، وبعضهم عن طريق الدية ، وهكذا . وشال ذلك :

أ - ان يشتري ثلاثة اشخاص دارا ، ويموت احدهم من ثلاثة اولاد . فها نحن نرى ان الشريكين الباقيين تملك نصيبهما في الدار عن طريق الشراء ، بينما نرى ان اولاد المتوفى لهم مدخل آخر هو الارث .

ب - شخص يملك دارا ثم يموت ويترك زوجتين ، وثلاث بنات ، واربعة اخوة اشقاء ، فها نحن نرى ان الورثة وان كان لهم مدخل واحد هو الارث ، الا ان كل فئة منهم ورثت بصفة غير المصفة التي ورثت بها الفئة الاخرى ، الزوجتان ورثتا الثمن بالفرض ، والبنات ورثسن الثلثين بالفرض ايضا ، والاخوة ورثوا الباقي بالتعصيب . ويسمى الفقهاء نصيب كل فئة من هؤلاء : سهما ، ونصيبا ، وحالسا .

وقد لاحظنا الفقهاء ان الشركاء في هذين المثالين وان كانوا شركاء جميعا في الدار بالمعنى الاعم ، اي ان رابطة الشركة تجمع بينهم ، الا ان هناك رابطة خاصة تربط بين افراد كل فئة منهم ، ففي المثال الاول نرى الابناء الثلاثة تجمعهم رابطة خاصة هي انهم شركاء في الثلث الذي انجز لهم بالارث من والدهم . بينما في الشريكان الآخرين يملك كل واحد منهم ثلثا في الدار . وفي المثال الثاني نرى جميع الورثة اصبحوا شركاء في الدار ، الا ان كل فئة منهم تشترك في نصيب منها . وهذا يمكن ان يكون لكل فئة رابطة خاصة بها الى جانب الرابطة العامة . فالزوجتان تجمعهما رابطة خاصة بهما هي انهما شريكتان في الثمن ، زيادة على الرابطة التي تجمع بينهما وبين باقي الورثة ، كما ان البنات تجمعهم رابطة خاصة بهن ، وهي انهن شريكات

ففي الثلثين زيادة على الرابطة التي تربط بينهما وبين باقي الورثة ، وكذلك الاخوة ، فان هناك رابطة تجمع بينهم وتجمعهم منقسمة خاصة ، وهي انهم شركاء في الباقي من الدار (وهو في مثالنا 5 اجزاء من 24) وتظهر الرابطة الخاصة الى جنس الرابطة العامة عند ما نريد توزيع الدار على هؤلاء الورثة . فالتساوي نقول : ان الزوجتين تأخذان الثمن ، والبنات يأخذن الثلثين ، والاخوة يأخذون الباقي . وعلى اساس ذلك نقول ان نصيب الزوجتين في الدار هو $24/3$ ونصيب البنات الثلاث هو $24/16$ ، والباقي وهو $24/5$ هو نصيب الاخوة الاربعة . فاذا اردنا تعيين نسبة ما يملكه كل واحد من هؤلاء في تلك الدار احتجنا الى عملية اخرى لتوصل عن طريقها الى ان كل زوجة تملك $288/18$ وكل بنت $288/64$ وكل اخ $288/15$.

وهكذا نستطيع ان نقول مثلاً ان احدي الزوجتين شريكة للزوجة الاخرى في الثمن وليست شريكة للبنات في الثلثين ، ولا للاخوة في الباقي . بالرغم من كونها ركة لهؤلاء البنات والاخوة في الدار ، وبذلك تكون تلك الزوجة شريكة للزوجة الاخرى في نصيبها شركة خاصة ، وشريكة للبنات والاخوة في الدار شركة عامة . اي ان الرابطة التي تجمع بين احدي الزوجتين والاخرى او ثلث من الرابطة التي تربط احدي الزوجتين باحدي البنات او باحد الاخوة . ولهذا صرح لنا ان نقول ان بين الزوجتين شركة بالمعنى الخاص . وان بين احدي الزوجتين واحدي البنات شركة بالمعنى الاعلى .

وبعد ان بينا انه قد تكون الصلة التي تربط بين بعض الشركاء والبعض الآخر اوثق من الصلة التي تربطهم بشركاء ، وان الشركاء الذين تجمعهم هذه الرابطة يسمون شركاء بالمعنى الخاص ، وان الشركاء الخارجيين عن هذه الرابطة يسمون شركاء بالمعنى الاعلى . نشير الى انه قد ثار نقاش بين الفقهاء حول ما اذا كان لهذه الرابطة الخاصة من اثر في الشفعة ينتج عنه ان الشريك الاخص يقدم على الشريك الاعلى ، وانما لا اثر لهذه الرابطة ، وان الشركاء في المقار جميعاً يتساوون في حق الشفعة . وقد وجد بعد هذا الموضوع الرأىان التاليان :

الرأي الاول : يرى ابو حنيفة ، والمزني ، والشافعي في الجديد . ان الشركاء جميعاً يستحقون الشفعة فيما باع شركتهم ، سواء كان شريكاً اخصاً او شريكاً اعلى ، سواء ملكوا جميعاً بسبب واحد ، او ملك بعضهم بسبب واحد ، وبسبب آخر ، وقد مشى ابن كرامة لذلك بما لو ورث اخوان ارا او اشتراها بينهما نصفين ، او غير ذلك . فباتا احدهما عن ابنين ، فباع احدهما نصيبه ، فان الشفعة تثبت للشريكين الآخرين . فلهذا هما اخ البائع وحمه ، بالرغم من ان الاخ ، لشريك اخص ، والعم شريك اعلى .

واحتج انصار هذا الرأي بان الشركة تثبت لهؤلاء الشركاء حين البيع ، والشركة هي التي توجب الشفعة ، ولا أهمية للسبب الذي انشأ هذه الشركة .

كما احتجوا ايضا بان الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء ، وهذا الضعيف يلحق كل الشركاء سواء كانوا شركاء اخص ، او شركاء اعم ، ولذلك يجيب ان يثبت لهم حق الشفعة جميعا ليتمكن بواسطته رفع هذا الضرر (1) .

الراي الثاني : يرى الامام مالك ، والشافعي في المذهب القديم ، ان الشريك الاخص يقدم على الشريك الاعم . بحيث يكون الاخ في المثال المشار اليه اولى بالشفعة من اعم ، ولا يحق لهذا اعم ان يشفع الا اذا تنازل الاخ عن الشفعة .

واحتج انصار هذا القول بان الشريك الاخص اوثق صلة من الشريك الاعم ، لان نفسه يشترك معه في سبب الملك زيادة على الاشتراك في ذلك الملك ، وهذه الزيادة توجب ان يكسرون له حق الاولوية على باقي الشركاء الذين لا يربطهم به الا الاشتراك في الملك .

وذكر الرهوني ان الرواية اختلفت عن الامام مالك في دار مشتركة بين ثلاثة اخوة ، مات احدى منهم عن ثلاثة ابناء ، ثم باع احد هؤلاء الابناء نصيبه . فروى عنه ابن قاسم ان الاخ اولى من اعم بالشفعة . وروى عنه ان كل من له نصيب في تلك الدار له الحق في شفعة ما باعه احد الشركاء . وذكر ان هذا هو القول الموافق للقياس (2) .

ثم علق الرهوني على هاتين الروايتين محاولا التوفيق بينهما ، واظهر انهما لا فرق بين الروايتين لان كل رواية تتكلم على حالة خاصة . ويتلخص هذا التطبيق في ان هذه الدار المذكورة في هذا المثال اما ان تكون قابلة للقسمة على تسعة ، واما ان تكون قابلة للقسمة على ثلاثة فقط . واما ان تكون غير قابلة للقسمة اهم جدا .

ففي الحالة الاولى وهي التي تكون فيها تلك الدار قابلة للقسمة على تسعة ، نالحكم هو ما قاله ابن القاسم ، وهو ان الاخ احق بالشفعة من اعم . لان الدار تقسم اولا على ثلاثة ، يصير لكل واحد من الاخوين ثلث ، ولا بناء الاخ الثالث المعوف عن الثلث يقسمونه فيما بينهم على ثلاثة . وحينئذ فاذا باع احد هؤلاء الاخوة الشركاء في هذا الثلث نصيبه (ومن المعلوم ان البيع وقس قبل القسم بالفعل لانه اذا وقس القسم فلا شفعة لاحد) فان اخويه احق بالشفعة من اعم . لان هذين الاخوين احق برفع الضرر الذي يمكن ان يلحقهما على فرض ان الدار ستقسم اثلاثا ، لان هذا المشتري سيصبح شريكا لهما في ذلك الثلث . اما العمان فلا شركة لهما في ذلك الثلث . ولذلك يمكن ان يكون حقهما في الشفعة في المرتبة الثانية .

وفي الحالة الثانية ، وهي التي تكون فيها تلك الدار قابلة للقسمة على ثلاثة فقط ، فانها على فرض قسمتها على ثلاثة سيصبح الاخوة الثلاثة مشتركين في الثلث ، ولا يمكن ان يكون

(1) المتنبي 525/5 .

(2) الرهوني 296/6 .

نصفه عليهم . بينما يكون كل عم قد اختص بثلاثة . وبناءً على هذا الفرض إذا باع أحد
 من نصيبه (قبل القسم طبعا) فان الشفعة تثبت للعم الآخر ولأبناء الاخ الثلاثة
 في قدر نصيب كل واحد منهم لأنه لان بنى الاخوة يشتركون مع اعطاهم فيمسا
 بنهم ، وان باع أحد بنى الاخوة كان فيها قولان ، فإذا ذهبا على أحد
 من مالِك من ان الشفعة تثبت فيما لا ينقسم ، فان الشفعة لا تثبت الا للأخوين ،
 بنا شركاء اخص للبائع . وإذا ذهبا على القول الآخر لمالك من ان الشفعة
 تثبت الا فيما ينقسم ولا تكون فيما لا ينقسم ، فان الشفعة انما تثبت للأخوين
 فلا تثبت للأخوين ، لان العميين يقولان : نحن منشفع ما يمكن قسمته
 وهو الثلث . بينما الاخوان يشفعان ما لا ينقسم ، وهو ثلث الثلث وهذا لا يجوز .

في الحالة الثالثة : وهي التي تكون فيها الدار غير قابلة للقسمه بتاتيا .
 تكون الشفعة لجميع الشركاء ، لا فرق بين شريك اخص او شريك اعم ، لان الشفعة في هذه
 الحال (بناءً على القول بثبوته) انما شرعت لرفع ضرر الركة الرفع ضرر القسمة ،
 وهذا الضرر يلحق جميع الشركاء ، ويحق لهم ان يطولوا على رقبته عن طريق الشفعة ،
 خصوصا وان هؤلاء الشركاء ان يقولون : اننا نضاف ان يطالب هذا الشريك الجدد ببيع
 العقار وتوزيع ثمنه ، لانه يتقدر قسمته . وهذا يشكل ضررا بنا لان فيه ارقانا على
 بيع نصيبنا ، وربما كان هذا الضرر اخطر من ضرر طلب القسمة . ولذلك رأينا ان المالكومة
 تنطبق على ان الشفعة تثبت حتى في المقار الذي لا يمكن قسمته . وقد ورد في التوضيح
 بعد ان ذكر ان الشفعة لدفع الضرر ، وهل هو ضرر الشركة او القسمة ما نصه :
 ولأول الظاهر ، للاتفاق على وجوب الشفعة في ما ينقسم من حيث الجملة
 ان انه لا شك في القسمة لكثرة الشركاء (1) .

النقطة الثانية : مراتب الشركاء عند المالكومة .

يجب لنا ان المالكومة يسيرون على الراي الذي يعطى للشريك الاخص حسب
 الأولوية في الشفعة ، ويقدم بمقتضاه على الشريك اعم .
 ولتطبيق هذا الراي قسم المالكومة الشركاء الى اربعة مراتب .

المرتبة الاولى : الشركاء من النوع الاخص ، او الاقرب . وهم الذين يشتركون
 مع البائع في ارث فرض واحد . ويسمى هؤلاء : المشتركين في سهم واحد .
 والورثة الذين يمكن اشتراكهم في فرض واحد سهم :
 أ - المتعدد من الزوجات . " اثنتان فاكتر " لانهم يشتركون اما في الرجع اذا لم
 ك للمالك ولله ، او في الثمن اذا كان له وليس له .

ب - الخمداء من البنات " اثنتان فأكثر " ، يرثن الثلثين إذا لم يكن معهن ابن (ابن) . ومثل بنات الابن وما مثل . إذا لم يوجد من يحجبهن .
ج - الخمداء من الأخوات الشقيقات أو لأب " اثنتان فأكثر " ، يرثن الثلثين إذا لم يوجد من يحجبهن ولم يكن معهن ذكر في درجة من .
د - الأخوة لـ " اثنتان فأكثر " سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مذكرا لم يرثن الثلثين .

ث - البنات " لأب وأم الأم " ترشان السدس إذا لم يوجد من يحجبهن أو يحجب أحدهما .
و - بنت الابن من بنت ، والأخت لأب مع الأخت الشقيقة . حيث ترث البنات أو الأخت الشقيقة النصف ، وترث بنت الابن " وما مثل منها " أو الأخت لأب السدس من كلمة للثلثين .

ز - بنتا الابن فأكثر مع البنت ، واختان لأب فأكثر مع الأخت الشقيقة ، حيث ترث بنات الابن أو الأخوات لأب السدس كلمة للثلثين .

وأفراد كل فئة من هذه الفئات يمتثلون شركاء بالمعنى الخاص فيمسوا بينهم بقدر مسون على أصحاب النفقات الأخرى . بحيث إذا باعت إحدى الزوجات نصيبا ، فإن الذي يمتثل الشفعة أولا ، ببقية الزوجات . وإذا باعت إحدى البنات فإن أولهن يقد من في الشفعة على غيرها من . وهكذا بقية أصحاب الفروض .
إلا أنه عندما تمتد بنات الابن مع البنت ، أو الأخوات لأب مع الأخوات الشقيقة ، وتبيع البنت أو الأخت الشقيقة نصيبها ، فإن بنات الابن أو الأخوات لأب من التواصي يقد من في الشفعة على بقية الورثة لأنهن شركيات بالمعنى الخاص مع البنت والأخت الشقيقة ، من حيث أنهن جميعا يشتركن في سهم واحد .

أما إذا باعت إحدى بنات الابن . أو إحدى الأخوات لأب نصيبا ، فإن بقية بنات الابن أو الأخوات لأب يقد من على غيرها من في الشفعة ، لأنهن يشتركن في سهم واحد وهو فرض السدس . فإذا تنازلن جميعا عن الشفعة ، فإن البنت أو الأخت الشقيقة هي التي تمتثل الشفعة حيثما ، لا مشتركتها من البائعين في سهم الثلثين .

الموتبة الثانية : الشركاء من النوع الخاص أو القريب . وهو الذي يرث حصته نائمة في المقار الذي يرث فيه البائع أيضا . بحيث يكون كل واحد منهما قد مات إلى اليه نصيب في القمار عن طريق الارث من غير أن يجتمع مع البائع في سهم واحد . ويتحقق ذلك في الصور الآتية :

أ - أن يكون كل وارث ورث بفرض غير الفرض الذي ورث به البائع ، كما لو ماتت

امراة وتركزت زوجتها وامسا . اما عن الام ، فان كل واحد من هؤلاء الورثة شريك خاص بالآخرين . لان كل واحد منهم ورث بفرض غير الفرض الذي ورث به الآخر .

ب - ان يكون كل واحد ورث بالتعصيب . كما لو توفي شخص وترك ثلاثة ابناء ، فكل واحد منهم ورثك خاص بالآخرين ، لانه لا يجمعهم ابي ستمهم خاصه وانما يجمعون في طبق الارث .

ج - ان يكون بعض الورثة ورث بالفرض ، وبعضهم ورث بالتعصيب . كما لو مات شخص وترك زوجة واثنا واختا ، فان الزوجة ورثت بالفرض ، والبنات ورثت بفرض آخر ، والاخ والاخت بائنا ولذلك يعتبر كل واحد منهم شريكا خاصا للآخر . لانه لا يجمعهم جميعا واحدا .

د - ان يكون بعض الشركاء ورثا بفرض غير الفرض الذي ورث به البائع ، كما اذا ماتت امراة وتركزت زوجها وبنات وام . ثم يبيع الزوج نصيبه ، فان البنات والام يعتبرن شركاء من النوع الخاص للزوج . لانهم ورثن بفرض غير الفرض الذي ورث به الزوج . وكذلك اذا باعت امراة البنات ، فان الزوج والام يعتبران شركاء من النوع الخاص . وكذلك اذا باعت الام نسيئا ، فان البنات والزوج يعتبرون شركاء من النوع الخاص ، لانهم ورثوا بفرض العدة التي ورثت بها ام .

هـ - ورثة احد الورثة او الم توري من احد الورثة . كما لو مات شخص وترك زوجة وامسا وابنا ، ثم يموت الابن ، وترك زوجة وابنا وامسا ، فان كل واحد من هؤلاء الورثة الاخيرين يعتبر شريكا بالمتنص الخاص لابي وارث سابق . وكذلك لو ماتت الزوجة عن ام ورج وامس . فان كل واحد من هؤلاء يعتبر شريكا خاصا للورثة السابقين . وكذلك يقال حين انتقال اليه نصيب احد الورثة بالشراء ، فانه يصبح شريكا خاصا للآخرين .

المرتبة الثالثة : الشركاء بالمتنص العام او البعيد . وهم الذين يجمعون مع البائع الذي مال اليه النصيب جميع عن طريق الوصية او التنزيل . كما لو مات شخص وترك زوجة ونسيئا واختا شقيقا وكان قد اوصى لاحد اقاربه بالثلث وانزله منزلة ابنه ، فان هذا الموصى له او المنزل منزلة الابن يعتبر شريكا عاما لكسمل واحد من الورثة . لانه تلقى نصيبه في المقار عن طريق الوصية او التنزيل وليس عن طريق الارث .

واذا كان الموصى له او المنزل ممتددا ، فان كل واحد منهم يعتبر شريكا عاما لبقية الموصى لهم ، وكل واحد من الورثة .

المرتبة الرابعة : الشركاء بالمتنص الاعلى او الابعس . وهم الشركاء الذين يتركبون مع البائع بصفة "التا اليهم عن غير طريق الارث او الوصية" . بان يكون قد طسك الحصة عن طريق الشراء او الهبة او الصدقة من غير من سبق ذكره . ومثال ذلك ان يشترى شخصان عقارا ، فان كل واحد منهما يكون شريكا ابعس بالنسبة للآخر .

ويكون ورثة كمل واحد منهما شركا ايمد بالنسبة لينة الآخر .
وكمل من انتقل اليه نصيب احد اصحاب هذه المراتب الاربعه ، ينسبزل منزله ، ويعتبر خلفا له . ~~ولو انتقل اليه هذا نصيب بارت او بعا ونسبة او بتبرع~~

النقطة الثالثة / الحل عند نزاحتي المراتب على الشفعية .

بعد ان عرفنا المراتب التي تم ادكسة اسرها انجا بالنسبة للشفعية ، نتكلم على القواعد التي اوجدوها لتطبيق حق الاولوية في استحقاق الشركاء للشفعية عند نزاحتهم . ويمكن ان نستخرج من كـم النقط ~~والنقاط~~ التي اوردوها في هذا الموضوع ان حق الاولوية يخضع للقواعد التالية :

- (1) يقدم الشريك الاخر ~~بما~~ على ~~المراتب~~ الاخرين .
 - (2) يدخل الشريك الاخر مع الشريك الاعم . ~~ولا عكس~~ .
 - (3) يدخل صاحب الارث بالفرض ، على صاحب الارث بالتصيب . ~~ولا عكس~~ .
 - (4) يدخل الوارث مع الوصي له ، ~~ولا عكس~~ .
 - (5) يقدم الشريك في الارث على الشريك من غير الوثنية .
 - (6) ينزل خلف كمل شريك منزلهه ، وينقل اليه نفس الحق الذي كان لسلته .
 - (7) اذا تنازل المشاركون في الصم عن الشفعية انتقل الحق الي من يليهم .
وناشي ببعض التطبيقات لهذه القواعد ، وذلك في المسال الآتية :
- لفرض ان عقارا كان مملوكا لشدة المصاح على وجه الشياخ فمات احد قسم وشرك ثلاث زوجات ونسبا ، وبني الابن ، ~~وا~~ ومن شقيتين ، وكان قد اوصى بنصيبه نصيبه لثلاثة من ابناء عمه يوزع بينهم بالتساوي .

فان شذولا الورثة يصبحون شركاء في نصيب الوصى على النسبة الاتية :

للزوجات الثلاث 12 من 120 ، ولبنات 48 من 120 ، ولبنتي الابن 16 من 120 ولبنات الوصى الشقيقتين 20 من 120 ، وللوصى لشم بالخمس 24 من 120 . كما ان نسبا نضم الى ان الزوجات ورثن الثمن بالفرض ويترتب شركات في ذلك الثمن ، كما ان البنات ورثن النصف بالفرض ، وان بنتي الابن ورثتا العدم الذي يعتبر كلفة للثلاثين (لان اقصى ما يرث البنات الثلثان . فاذا كان للثالث بنتان فاكثرا خذنا الثلثين ، واذا تيسر بنتا واحدة ونبت ابن فاكثرا فان البنت ورثت النصف ، وبت الابن الواحدة او التمسك به ثرث العدم الذي يكمل الثلاثين) . وما ان هذا العدم يعتبر جزءا من الثلاثين المسمى هو نصيب البنات ، فان العلماء يعتبرون البنت ونات ابن اصحاب سهم واحد هو الثلثان ، وذلك يكون شذولا اخر فيما بينهم . اما الاخوان الشقيقان فقد ورثا بالتصيب ما بقي لهما بعد ان اخذ اصحاب الفرض فروضهم ، كما نلاحظ ان الوصى لشم اخذوا الخمس من جميع النصيب الذي تركه الثالث ، ومع ذلك وزع الباقي على اولئك الورثة حسب ما تنصبه قواعد الارث .

ونريد الآن ان نطبق القواعد المذكورة آنفا .

(1) اذا باعت احدى الزوجات نصيبا ، وبالله ع الشركاء بالشفعة ، فان الزوجتين الاخرتين احق بالشفعة جميع ذلك النصيب — ما كان على غيرهما من الورثة ، لانهما شريكتان بالمعنى الاخرى للبائنة .

واذا باعت البنت نصيبا ، فان بنتي الابن احق بالشفعة من غيرهما من الورثة ، لان بنتي الابن شريكتان بالمعنى الاخرى للبنت ، لانهن جميعات منهم واحده هـ سمو الثلثان . اما اذا باعت احدى بنتي الابن نصيبا ، فلا بنت الابن الاخرى احق بالشفعة من غيرهما لانهما شريكة لهما في الميراث . وهذا هو معنى ان الشريك الاخر يقدم على الشفيع الاهم .

(2) لنفرض ان احدى الزوجات قد ماتت وتركته ورثة : ستة اخوة وام شذلا . شمس باعت احدى الزوجتين الباقيتين نصيبا في ذلك المقار المترك . فان الذي يستحق الشفعة هو الزوجة الاخرى ورثة الزوجة المتوفاة ، بحيث يقع بينهم نصيب الزوجة البائنة على قدر نصيب ما يملكه كل واحد منهم ، ورثة الوفاة ، وان كانوا شركاء اشخاص فيما بينهم ، فانهم يدخلون مع شريكتهم الاغم في النظم الذي يملكون فيقسمونه ، وذلك تطبيقا للقاعدة الثانية التي امرنا اليها بتولينا : ان الشريك الاخر يقدم على شمس مع الشريك الاغم .

لكن اذا باع احد ورثة الزوجة المتوفاة نصيبه المورث له من تلك الزوجات ، فان الذي يستحق الشفعة هو باقي ورثة تلك الزوجة فقط ، ولا تستحق الزوجتان الاخرتان الشفعة حينئذ ، لما ذكرنا في القاعدة الاولى من ان الشريك الاخر يقدم على الشريك الاغم . لان هؤلاء يشتركون في سهم واحد هو الثمن .

ومثال ذلك ايضا ان يتوفى شخص ، ويترك دارا وثلاثة ابناء ، شمس يصحبون اخدهم عن ابنتين ، فاذا باع احد شريكتي الاموين نصيبه ، فان اخاه يستحق الشفعة ، لانه شريك اخص له ، واذا باع احد البنين ، لا يستحق كل من القسم الآخر ، وابني الاخ المتوفى الشفعة ، بحيث يقتسمون الجميع بينهم على قسمين ، نصيب كل واحد منهم (1) ، لان الشريك الاخر يدخل مع الشريك الاغم .

(3) لنفرض ان احد الاخوين الشقيقين باع نصيبه في ذلك المقار ، فان الذي يستحق الشفعة هو جميع الورثة (ما عدا الموصي لهم) بحيث يوزع نصيب هـ على الاخ على الاخ الآخر وعلى الزوجات ، والبنت وبنتي الابن . ولا يستحق الاخ بالشفعة ما باعه اخوه . لان اصحاب القرض يدخلون على اصحاب التمصيب . في حين ان صاحب التمصيب لا يدخل مع صاحب القرض . فلو فرضنا ان شخصا ترك عقارا وترك بنتين وميراثا .

فان باعت احدي البنيتين نصيبها ، فان البنت الاخرى احق بالشفعة من البنتين ، لان البنت شريكة اخيه ، ولا يدخل الاخض مع الاعم . كما ان المومن نصيبها بالتصيب ، وصاحب الارث بالتصيب لا يدخل مع صاحب الارث بالقرض . كما اذا باع احده المومن نصيبه ، فان الذي يستحق الارث هو المومن الآخر والبنت ، لان البنيتين ورثتا بالقرض ، واصحاب القرض يدخلون مع اصحاب التصيب .

(4) لفرض ان احده المومن لهم باع نصيبه في ذلك القمار ، فان الذي يستحق الشفعة هو باقي المومن لهم وطائر الورثة . بحيث يوزع بينهم على قدر ما يملكه كل واحد منهم . لان الورثة يدخلون على المومن له ، ولا يخرجون . اي ان المومن له لا يدخل مع الورثة فيما باعه احدتهم . فلو فرضنا ان محسنا اوصى بثلاث دارة لثلاثة اشخاص وترك ثلثة ابناء . فاذا باع احد ابناء الثلثة نصيبه استحق الابن الاخران فقط الشفعة ولا يدخل مع المومن لهم . اما اذا باع احد المومن لهم نصيبه ، فان الذي يستحق الشفعة هو المومن له والابن الاخران والابناء الثلثة ، بحيث يوزع ذلك التصيب على حسب ما يملكه كل واحد منهم ، لان الورثة يدخلون مع المومن لهم .

محمدا قال ابن القاسم من الملكية . وقال اشعيب . ان الورثة لا يدخلون مع المومن لهم ، وان بقية المومن لهم يختصون بشفعة ما باعه احدهم ، ويتقدمون على الورثة حينئذ . (1) واشار للخمسي هذا القول بعد ان ذكر ان الامام مالك قال قال مرة ان الورثة يدخلون مع المومن له ، وقال مرة اخرى ان الورثة لا يدخلون مع المومن لهم . (2)

(5) لفرض ان احده الشريكين الاخرين اللذين لهما من الورثة باع نصيبه في القمار ، فان الذي يستحق الشفعة هو جميع الشركاء ، اي الشريك الآخر والورثة ، سواء منهم الوارث بالقرض والوارث بالتصيب ، والمومن لهم . لما سبق ان عرفنا من ان الشريك الاخص يدخل مع الشريك الاعم . لكن ان باع احد الورثة ، ففان الشريك من غير الورثة لا يدخل مع باقي الورثة في الشفعة ، لان الشريك في الارث يقدم على الشريك من غير الورثة . وعلى هذا نلوفرضنا ان اراعتركمسة بين شخصين ، ثم مات احدهما وترك ابين ، فباع احد البنين نصيبه ، ففان الذي يستحق الشفعة هو الابن الآخر ويقدم على الشريك الاخر البني ليس له وارثا . (3)

(1) الموق 330/5 .

(2) الرهدونمي 297/6 .

(3) الزرقاني 189/6 .

(6) يصبح الشخص خلفا للشريك في تميمه ، اما عن الارث واما عن ربح الشراء ، او عن طريق الوصية ، وفي كل هذه الحالات يكتب الخلف لنفسه الورثة التي كانت لسلفه . وذلك كما يتجلى في الاغلبية الاتية :

(أ) لنفرض ان احدي الزوجات ماتت وخلفت ورثة (ابا وتنا ثمنا) باعت احدي الزوجتين الباقيتين تميمهما فان الذي يتحقق ان نصه هو الزوجة الاخرى وورثة الزوجة المتوفاة ، لان هؤلاء الورثة ينزلون منزلة مورثهم ، وصلا ان مورثهم كانت تشترك مع البائعة في سهم واحد ، لذلك يحطون لورثتها ما كان لها من الاولوية .

اما اذا باع احد ورثة الزوجة المتوفاة ، فان الذي يتحقق ان نصه هو باعتهما على الكيفية المشار اليها ، لان هؤلاء الورثة اصبحوا شركاء اخر في سهم مورثهم ، ومعلوم ان الشريك الاخص يقدم على الشريك الاخصم .

(ب) اذا باعت احدي الزوجات الثلاث تميمها لشخص ، وتبقى الشركاء جميعها عن الشفعية ثم باعت احدي الزوجتين الباقيتين تميمهما ، فان الذي يتحقق الشفعية هو الزوجة الاخرى ، والمشتري من تلك الزوجة التي باعت اولاً ، لان نصها المشتري اكتسب الحق الذي كان للبائعة ، وقد كان من حقها ان تقدم على الورثة عن الاخرين .

(ج) اذا اوجت احدي الزوجات تميمها لشخص ثم ماتت ، تبار الموصي له ذلك التميم . ثم باعت احدي الزوجتين الاخرين تميمهما ، فان الموصي له يستحق الشفعة مع الزوجة الاخرى ، لانه انتقل اليه نص الحق الذي كان للموصية (1) ولا يقال ان الموصي له لا يدخل مع الورثة كما سبق ، لان ذلك الموصي له الذي لا يدخل مع الورثة هو الذي ينتقل اليه التميم في تمام الوقت الذي ينتقل اليه الطلح الى الورثة ، اي ان ذلك الحكم يطبق عندما يصبح كل الورثة والموصي له شركاء في وقت واحد . اما هذا الموصي الذي يدخل مع الورثة ، فليسوا في آل اليه نصيب احد الورثة المشاركين في التميم . فلو كان ينزل منزلة سلفه الذي كان يملكه فذلك التميم .

(د) اذا اشترى جماعة سدياً كاملاً ثم باع احدهم حقه ، فان اخصب يبيعون لن باقي الشركاء الذين اشترؤا ذلك السهم احق بالشفعة من باقي الشركاء . فليس غير ذلك السهم . والابن القاسم : يستحق الشفعة كل من باقي الشركاء في ذلك السهم والشركاء الاخرون . وهذا هو المشهور في المذهب المالكي . (2)

(1) الرشدون في 297 6 نقلاً عن ابن الصبحي .

(2) نفس السهم والشركاء الاخرون . وهذا هو المشهور في المذهب المالكي .

(هـ) اذا باعت زوجتان نصيبهما لشخص وتنازلت الزوجة الثالثة ومقيمة الورثة عن الشفعة ثم باعت الزوجة الثالثة نصيبها فان المشتري من الزوجتين هو الذي يكون أولى من غيره بالشفعة لانه ينزل منزلة الزوجتين اللتين باعتا له (1).

(و) لنفرض ان احدى الزوجات المذكورات في المثال السابق باعت واجبهما ، ثم تم تنازلت احدى الزوجتين عن حقهما في الشفعة ، فان الذي يستحق الشفعة بتأجيل اتصال هي الزوجة الباقية ، بحيث تستأثر بجميع ما باعته تلك الزوجة ، ومن ثم تأخذ العدة التي تقضي بتقديس المشارك في السهم .

اما اذا تنازلت الزوجتان معا عن حقهما في الشفعة ، فان الشفعة تنتقل الى بقية ذوي الفروض ، وهم في مثالنا السابق البنت ونسأ الابن ، بحيث تقسم بينهما في ثلث كل واحدة منهن ، وتقسم البنت ونسأ الابن على غيرهم من المصيبة الموصى لهم ، والشريك الاجنبي (2) .

ومن العلماء من يرى ان الوارث بالتعصيب يدخل مع الوارث بالفرض فيما اذا تنازل صاحب السهم ، اي الشريك الاخص . ونسأ على ذلك فان الذي يستحق الشفعة ايضا اذا باعت احدى الزوجات واسقطت الاخرى ان حقهما في الشفعة ، هم : البنت ونسأ الابن ، والاخوان الشقيقان ، بحيث يشفع كل هؤلاء ما باعته الزوجية المذكرة ، على قدر ما يملكه كل واحد منهم (3) . وقد نص الحاشية الزرقانية على ان هذا هو مذهب المدونة ، وانه هو المتعمد (4) . ولكن هذا غير صحيح (5) .

فان اذا تنازل هؤلاء جميعا عن حقهما في الشفعة ، فان الحق ينتقل للموصى لهم دون الشريك الاجنبي بالنسبة للبائع ، لانهم جميعا اصبحوا شركاء بسبب الارث .

فان اذا تنازل الموصى لهم بدورهم عن الشفعة ، فان هذا الحق ينتقل حينئذ الى الشريك الاجنبي . اي الشريك بالمعنى الاعم .

واذا باعت ابنت ، وتنازلت بنت الابن عن حقهما في الشفعة ، انتقل هذا الحق الى الزوجات فقط على ما للزرقاني ، وللزوجات والاخوين الشقيقين على ما للتسولي ، فان اذا تنازل هؤلاء عن الشفعة ، انتقل الحق الى الموصى لهم ، فان اذا تنازلوا عن الشفعة اصبح الحق للشريك الاعم .

واذا باع احد الاخوين وتنازل كل من الزوجات والبنت ونسأ الابن عن حقهما في الشفعة انتقل هذا الحق الى الموصى لهم ، فان تنازلوا انتقل حق الشفعة الى الشريك الاعم .

(1) من تصويل النجعة في مراتب الشفعة كتاب مخطوط لسيد القاضي الرازي . (2) الزرقاني 6/139

(3) التسولي 2/109 . (4) الزرقاني 6/189 .

(5) سبق ان مراتب الشفعة اربع ، وليست ثلاثا كما يرى الزرقاني . ثم انه مخالف لما في المدونة . انظر حاشية : 185 التالية .

وإذا باع أحد الموصي لهم ، وتنسأل جميع الورثة من أصحاب الفرض وأصحاب
 السبب ، وقيمة الموصي لهم ، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الشريك الأعم .
 وهكذا نرى أن تطبيق هذه القواعد يقتضي أنه عندما يبيع أحد المشاركين
 في سهم من ذوي الفروض ، فإن الذي يستحق الشفعة هو بقيمة الشركاء في ذلك
 السهم فقط ، وإن باع أحد المشاركين في التعصيب ، فإن الذي يستحق الشفعة
 بقيمة شركائه في التعصيب ، وأصحاب الفروض جميعاً دون الموصي لهم والاجتبي
 من الورثة ، فإن باع أحد الموصي لهم ، فإن الذي يستحق الشفعة هو بقيمة
 الموصي لهم والورثة الآخرون ، سواءً منهم الوارث بالفرض والوارث بالتعصيب ، ولا يدخل
 منهم الشريك من غير الورثة . أما إذا باع الشريك الآخر من غير الورثة ، فإن الذي
 يستحق الشفعة هو جميع الشركاء من ورثة وموصي لهم وغير الورثة .

وهذا ينبغي أن للشفعة أربع مراتب هي بحسب الترتيب والأولوية

كما يلي :

(1) ذوو الفروض . (2) التعصب . (3) الموصي لهم . (4) الشريك الاجتبي
 وللتبقة الأولى لا يدخل معها غيرها إذا كان البائع معها . أما إذا كان
 البائع من الطبقة الثانية فإن الذي يستحق الشفعة هو أهل تلك الطبقة من
 أصحاب الطبقة الأولى . وإذا باع أحد أصحاب الطبقة الثالثة فإن الذي يستحق الشفعة
 هو بقيمة أصحاب تلك الطبقة بالإضافة إلى أصحاب الطبقتين الأولى والثانية . وإذا كان
 البائع من أصحاب الطبقة الرابعة فإن الذي يستحق الشفعة هو جميع أصحاب الطبقات
 الأربع .

ونشير إلى أن المقسم الواحد قسمه يتجزأ إلى سهام كثيرة ، ويطبق حينئذ
 نفس القواعد المذكورة على أصحاب السهم .

فلمنفرداً أن إحدى الزوجات المذكورات في المثال السابق توفيت وتركته
 عدة ورثة (ثلاثة أخوة وبنتين وولد تيسن مثلاً) فإن نصيب تلك الزوجة يصبح سهماً
 مستقلاً ياتي عليه القواعد السابقة . بحيث إذا باعت إحدى البنتين نصيبها فإن البنت
 الأخرى أحق بالشفعة من غيرها ، وإذا باعت إحدى البنتين نصيبها فالجدة الأخرى
 أحق بالشفعة ، وإذا باع أحد الأخوة نصيبه فإن الذي يستحق الشفعة هو الآخرون
 وأبنتان والجدة ثانياً كما سبق أن ذكرنا . ولا تستحق الزوجتان الأخريان الشفعة
 في هذه الحالة لأنهما أصبحتا بمثابة الشريك الأعم .

لكن إن باعت إحدى الزوجتين نصيبها فإن الشفعة تثبت للزوجة الباقية ،
 وورثة الزوجة المتوفاة لأن ورثتها كل شريك ينزل منزلته .

وترتيب الشفعاء على المراتب الأربعة المذكورة مع اعتبار أن العصبية لا يدخلون
 في حيز من ذوي الفروض (1) وهو الذي يأتي في المقام الأول .
 (1) المدونة 106/14 .

ويرى اهل الكوفة ، واسحب من الطالك . ان المصبة لا يدخلون مع ذوي القربى
كما ان ذوي القربى لا يدخلون مع المصبة . وانما يختص اهل السهم الواحد من اصحاب
القربى بما باعه احد اصحاب القربى ، كما يختص المصبة بشفعة ما باعه احد
منهم ولا يدخل معهم ذوي القربى . وكذلك الاسفي الموصى لهم ، حيث يختص
بشفقة ما باعه احدهم ، ولا يدخل معهم غيرهم من اصحاب السهام الاخرى . وهذا
يعني ان اصحاب كل سهم يختصون بشفعة سهمه احدهم . ولا يدخل معهم
غيرهم ، لان اهل كل سهم يختصون كالاغنياء بالشفقة لاصحاب السهم الاخر .
ويرى الشافعي في احد نواحيه . ان المصبة يدخلون مع ذوي القربى ، ويدخل
القربى مع المصبة . وهذا القول اخذ المتأخرون من اصحاب الشافعي ، وهذا
الاخير عند الشافعية ، فيه اخذ الخيرة من اصحاب مالك .
واحتجوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم يا شفعة بين الشركاء
من غير ان يحصل بين شركاء وآخر .
وقد تبين لنا من كل ما ذكرنا ان الطائفة يصرون على ان الشركاء اذا تمدي أو
تتمدت الجهات التي يتكون بها ، فان بعضهم يكون أولى ببعض في الشفعة ، حسب
قوانينها سابقا .

ونما على ذلك غايته يجب على الشريك الا يثبت عند ما يريد ان يشفق ما باعه
شريكه ، ان يرفع دعوى الشفعة بحسب الشريك الا يثبت لعرب عن موقفه من ذلك اليوم .
اهل يستعمل الشفعة ، او يتلى عنها لينتقل الحق في الشفعة الى هذا الشريك
الخير . ولا يجوز للشريك البعيد ان يطلب الشفعة لنفسه قبل ان يتقدم
الشريك الاخر عن حقه فيها (1) .

فان لم يطلب الشريك الاعم الشفعة داخل اجلها ، وانتظر ان يهرب الشريك
الاخر عن موقفه من الشفعة التي وجبت له ، الى ان انقضى الاجل الذي يحق للشركاء
ان يستعملوا ، فبالله حتم في الشفعة ، فان حق هذا الشريك الاعم في الشفعة يسقط
ولا يمكنه ان ينتظر بانه انما مكنت ليلة هذه المدة ، لانه كان ينتظر ان يهرب الشريك
الاخر عن موقفه نظرا الى انه أولى منه بالشفقة ، لان انتهاء اجل الشفعة يسقط الحق
في الشفعة ، بالشفقة لجوهر الشركاء الذين كانوا عن المالك بها داخل الاجل .
ويرى نفس الحكم على الشريك الاعم الذي يكون شريكه الاخر غائبا ، ولا يطالب به
الا بعد في الامد المسقط لنا ، حيث ان حقه يسقط بذلك ، ولا يمكنه الاحتجاج
بأن ينتظر حسب شريكه الاخر وموقفه من موقفه (2) .

(1) مواهب الجليل للخطيب باب 321/5

(2) من المعيار للنشر في 67/8 و68.

النقطة الرابعة : اذا كان المصوى احد الشركاء .

اذا كان عقار مشتركاً بين عدة اشخاص ، و قد خدعهم نصيبه لاحد شركائهم ،
فهل يستحق الشركاء الآخرون الشفعة من المشتري بالرغم من كونه شريكاً اولاً ؟ وإذا
كانوا يستحقون الشفعة فهل يحق لهم ان يشفعوا به جميع ذلك النصيب
الذي اشتراه او يتركوا له شيئاً منه .

للجواب على هذين السؤالين نذكر ان الشفعة يستحقون الشفعة فيما
باعه شريكهم ولو كان المصوى احد الشركاء ، ولا يجوز لهذا المشتري منحهم من اقل
حقتهم في الشفعة (1) ، ولكن لا يحق لشركاء الشكك ان يشفعوا جميع ذلك النصيب
النصيب الذي باعه شريكهم ، وانما يترك له ما يلبي نصيبه على فرض ان
شريكه فيسرك مشتريه .

وهذا يعني انه عند ما يشتري احد الشركاء من ريك آخر نصيبه وبذلك
الشركاء الآخرون بالشفعة ، فان ذلك النصيب الذي فتح طيه البيع يوزع عليهم
جميع الشركاء الباقين ، بحيث يأخذ كل واحد منهم نصيباً منه بنسبة ما يملكه
في ذلك العقار ، ويعتبر الشريك المشتري كانه يجرى شفعه قسام بالباقي حقه فسد في
الشفعة كقيسة الشركاء .

فلو فرضنا ان داراً مشتركة بين اربعة اشخاص ، احدهم يملك نصيباً ، والثاني
يملك ، والآخران ثلثاً لكل واحد ، فباع احب النصف نصيبه لدا حصة
الربع ، وطالب الآخران بالشفعة ، فان النصف المبيع يوزع على الشركاء الشفعة بنسبة
ما يملكه كل واحد ، بحيث يبقى للمشتري نصف المبيع وشور ربع الدار ، وبأخص
كل واحد من الشريكين بالشفعة ربع النصف المبيع اي ثمن الدار .

وشور بقدر ما ذكرنا من انه يترك للمشتري نصيبه مما اشتراه سؤال آخر
فهل يلزم هذا المشتري ان يحتفظ بما يباي نصيبه مما اشتراه ، او يمكنه ان يخل
بأقصى الشركاء بشفعة ما اشتراه ان يلزمهم اما ان يشفعوا الجميع او يسقطوا شفعتهم
ويشعروا : انسي لا قبل ان احتفظ ببعض ما اشتريته ، فاما ان يشفع ضي هـ
الشركاء جميع ما اشتريته ، واما ان يتركوا لي جميعه ، ولا يمكنهم من بعضه فقد
لا يسهل لاهلصة لي في ذلك الجزء الذي سيقى لي ، ولا يحقق لي الفرض الذي اشتريته
من اجله ذلك النصيب ؟

كما يشور سؤال آخر ، وهو : اذا تنازل بعض الشركاء عن الشفعة في هذه الحالة

(1) ذكر الرافعي ان اصح الوجهين ان المشتري والشريك الآخر يشتركان في الشفعة كل لو كان له نصيب
أجنبياً ، وهذا قال ابو حنيفة ، فتصح الميرس 435/11 .

وطالب الباقي بها. كما لو فرضنا ان احدهما حيا في الثمن في المثال السابق و تنازل عن
الشفعة وطالب بها الآخر الذي يملك الثمن و فهل يحق للمشتري ان يلزم هذا
الشريك الذي يطالب بالشفعة بان يشفع الجميع و اولا يجب عليه ان يشفع الا على
قصد نصيبه.

ذكر العلامة الرهوني الذي اشار هذا التساؤل و انه لم يرى من تكلم على هذا
الموضوع و ثم نقل عن القاضي ابي الوليد رحمه الله قوله : والذي عندي ان
المشتري ان يلزم الشفع باخذ الكل او الترك و ليس للشفيع الا ذلك . لان المشتري
اكثر ما فيه انه يشفع تارك . فان اراد الشريك الآخر الاخذ بالشفعة . اخذ الكل
ولا بدلت شفيعته . وهو عند المشتري بالشراء لا بالشفعة (1) .

ومعنى هذا ان المشتري يمكنه ان يلزم الشركاء او الشريك الذي يطلب الشفعة
بان يشفع جميع ما اشتراه والا سقطت شفيعته و لان من حق هذا المشتري الشريك
ان يقول للشريك الذي يطلب الشفعة : هب انني لم اشتري و ان الذي اشتري هو
القص اجنبي و فيكون لي حينئذ الحق في الشفعة او في التنازل عنها و يلزمك ان يشفع
الجميع من المشتري الاجنبي و كذلك هنا حيث ان هذا النصيب قد آل الي عيني
لرقيق الشراء من الشريك و قد قمت طالب بالشفعة و فانا تنازل عن حق عيني
فلا يبقى لك الا ان يشفع الجميع والا سقط حقك .

ولا نحتاج الى القول بانه يجب تطبيق مبدأ حق الاولية حتى في حالة
ما اذا كان المشتري احد الشركاء . بحيث اذا كان هذا المشتري اولي
الشريك الذي يطالب بالشفعة فمن حقه ان يحتفظ بجميع ما اشتراه و لا يمكن
هذا الشريك من شفعة اي جزء منه . وان كان الشريك الذي يطالب بالشفعة
اولي من الشريك المشتري فمن حق المطالب بالشفعة ان يشفع جميع ما وقعه
عليه الشراء . اما اذا كان الشريك المشتري والشريك المطالب بالشفعة
مرتبة واحدة فحينئذ يلزم ذلك النصيب بينهما على قصد ما يملك
كل واحد منهما كما ذكره .

(1) الرهوني / 6 / 290 وعلق عليه بقوله يقول
وهو ظاهر من كلامه والعلامة

الفصل الثالث

التفريات التي تلحق الشيء المشفوع عند المشفوع منه .

يمكن للمالك الجديد الذي انتقل اليه نصيب احد الشركاء بمعاوضة ان يتصرف في هذا النصيب ببيع او كراء او هبة او غير ذلك .
كما يمكن ان يحدث لهذا النصيب نقص ، بهدم او حريق يتسبب فيه عند المالك الجديد . او ان تنقص فيه زيادة ، كأن ينتج غلصة او يضيف اليه المالك الجديد بناء او غرسا . فهل يؤثر شيء من ذلك على الشريك الذي له الحق في الشفعة اولا ، وهل يستحق الشريك الشفعة بالرغم من قيام المشفوع منه ببيع ذلك النصيب الذي ملكه او كرائه او هبته ، وهل يمكنه ان يشفع بالرغم من الزيادة التي حدثت في الشيء المشفوع او النقص الذي حدث له . وما هو اثر ذلك على الثمن الذي يؤديه الشفيع للمشفوع منه في هذه الحالات ؟

نخصص في هذا الفصل لدراسة التفريات التي تلحق الشيء المشفوع عند المشفوع منه . واشهر ذلك على الشفعة . وذلك فيما يلي بحثين .

المبحث الاول :

تصرفات المشفوع منه قبل الشفعة

المبحث الثاني :

حدوث زيادة او نقصان عند المشتري

المبحث الأول

تصرفات المفضوع منه قبل الشفعة

=====

عرفنا ان الشفعة حق يثبت للشريك في المقار المشترك عنه ما ينتقل له بسبب
شريكه الى شخص آخر ، وهذا الحق لا يمكن ان يسقط بمجرد تصرف المشتري في ملكه
المشترك بالبيع او التبرع او الكراء . كما لا يسقط حق الشريك في الشفعة وتوحيده
في الشقص موضوع الشفعة عيب او عدم او تلف او زيادة بناء او عرق او غير ذلك
وانما يقيس له الحق في الشفعة رغم تلك التصرفات وهذه التغيرات
هذه هي القاعدة العامة ، ولا باس من الاشارة الى تفصيل احكام
المعلقة بتصرف المشتري في المقار المفضوع ، وبيان اثر ذلك على البيع ، والتبرع
الغير الذي كان طرفا في ذلك التصرف .

(1) بيع المشتري للشخص

اذا باع المشتري النصيب الذي اشتراه من احد الشركاء قبل انتقال
باقي الشركاء لحقهم في الشفعة ، او قبل تسليمهم بانتقال نصيب شركائهم
الى الغير ، فان ذلك البيع صحيح ، لانه باع ما يملكه بقتضى عقده صحيح
واستحقاق الشريك للشفعة لا يمنع المشتري من التصرف فيما اشتراه . لان اقتصاص
ما يملكه الشريك الشفيع هو ان يملك ان يملك ذلك الشقص ، ومن المعلوم
ان هذا الحق لا يؤدي الى التجسير على المشتري ، خصوصا وان انتقال ذلك النصيب
من يد الى يد لا يمنع الشريك من شفحته ، لان حقه يتعلق بالمقار نصبه .
وبناء على هذا فان المشتري لجزء من عقار مشترك يملكه ان يبيع ذلك
الجزء الى غيره . كما يمكن لهذا الغير ان يبيعه مرة اخرى ، وكذا يفتنا
ان نتمسك ان تصرفات البيوعات قبل ان يطالب الشريك بالشفعة ، او قبل ان يتسلم
بذلك البيوع .

ثم اذا طالب الشريك بالشفعة بعد ان انتقل ذلك الجزء الذي يدعيه
بشفحته من يد الى يد ، فان الحكم يكون كما يلي :

أ - اذا كان الشريك الذي يطالب بالشفعة قد علم بتلك البيوعات التسليم
تمت حصول ذلك النصيب الذي يطالب بشفحته ، فليس له الحق في ان يشفع
الا من المشتري الاخير . ولا يستحق ان يشفع من المشتري الاول او الثاني ، لان حقه
بذلك البيع وعدم قيامه بالطالب الشفعة من المشتري عنه وقوع ذلك البيع ، يستلزم
حقه في الشفعة من ذلك المشتري ، لما سيأتي لنا من ان رؤية الشريك
لتصرف المشتري وسقوطه يسقط حقه في الشفعة (1) .

بـ اذا قام الشريك بطلب الشفعة قبيل ان يعلمم بوثوق تلك البيوعات، كما اذا علم بان شريكه قد باع نصيبه لشخص، فقام يطلب الشفعة من المشتري وتبين ان هذا المشتري قد باع ذلك النصيب لشخص آخر، وان هذا الشخص قد باعه بدوره لثالث. فان لهذا الشريك ان يشفع من اي مشترء شاء، وان شاء ان يشفع من المشتري الاول كان له ذلك، وبما ان المشتري قد اشترى البيعة التي كانت بمقتضى الشفعة منه، لان الشفعة تنزل ملكية المشتري من ذلك النصيب، فيجب كانه باع شيئا لا يملكه. ويلزم هذا المشتري بان يرد للمشتري الثاني ما اشتراه منه عند ما باع له ذلك النصيب. وذلك مثل ما باع شيئا لتيسر شراءه، فذلك الشيء من يد ذلك التيسر، فانه يرجع على البائع بما دفعه له.

وان شاء ان يشفع من المشتري الثاني كان له ذلك ايضا. وحيث ان المشتري الاول قد اشترى ما اشتراه بائعه، فانه يرجع على البائع بما دفعه له.

وهكذا يتبين ان الشريك اذا اشفع من المشتري الاول فان جميع الشرائع التي تتعلق به ترجع على المشتري الثاني، وان شاء ان يشفع من المشتري الثاني، ولم يتصل الشراء الاول ولا الثاني، وانما يتصل الشرائع التي اشتراها، وكذا. وانما كان الشريك مخرجا بين الشفعة من المشتري الاول والثاني او الثالث، لانه يستحق الشفعة من كل مشترء قبل اليه النصيب المباع، وقد تقتضي ما دفعه ان يشفع من الاول دون الثاني، كما اذا كان الثمن الذي اشترى به الاول اقل من الثمن الذي باعه به للمشتري الثاني، وقد تقتضي مصلحته ان يشفع من الثاني دون الاول. كما اذا باع المشتري الاول ذلك النصيب باقل من الثمن الذي اشتراه به، وكان يكون هذا المشتري الثاني ميسورا يسفل على الشريك الشفعة الرجوع عليه بدرك النصيب او الاستحقاق.

واستحقاق الشريك للشفعة من اي مشترء هو قول العلماء جميعا من ملكية، ووافقيته، وحقيقته، واثباته، وغيرهم. وذكر ابن قدامة ان نصيبه لا يعلم في هذا شيئا (1).

ويطبق نفس الحكم كلما تعدد انتقال الشقة من شخص الى آخر متوالية، فلو فرضنا ان امرأة اشترت نصيبا شاعرا في عقار، ثم دفنته لزوجهها مقابله ان يالقنها. فان الشريك في المقار له الخيار بين ان يشفعه من المرأة، ويلزمه

(1) المغني 5/ 489.

حيثما ان يؤدى لها الثمن الذي اشترته به (1) . وبين ان شفيعه من الرجل
 * لم يرفضا من ان الشفعة كما تكون في البيع تكون في سائر المعاملات " . ويلزم منه
 حيثما ان يؤدى للرجل القيمة التي كان ذلك الشقص يساويها يوم الخلع (2) .
 ومثال ذلك ايضا ان يشتري رجل شقصا في عقار ثم يدفعه صداقا لاجرة .

(2) تبرع المشتري بالشقص

أذا تبرع المشتري بالشقص الذي اشتراه باي نوع من انواع التبرعات من حبس أو وصية أو
 أو صدقة ، ثم طالب الشريك بالشفعة ، فان ذلك التبرع ينفذ ، ويستحق
 الشريك الشفعة . غير ان الثمن الذي يؤديه الشفيع للمشفوع منه تارة يلزم الشفيع
 بدفعه لتبرعه عليه ، وتارة لا يلزم بذلك . وذلك كما يلي :

أ - اذا حبس المشتري ذلك الشقص الذي اشتراه على مسجد أو جهة من جهات
 البر ، ثم شفعه الشريك ونقض ذلك الحبس ، فان الثمن الذي يؤديه الشفيع للمشتري
 يقضى في ملكه يفصل به ما يشاء ، ولو كان هذا المشتري قد بنى في الشقص
 الذي اشتراه بناء ، ثم حبس الأرض والبناء ، ثم شفيع منه الشريك الأرض ، وأمر الشفيع
 منه برفع انقاض البناء . فان ثمن كل ذلك يقضى للمشتري .

وإن كان هناك من الملاء من جزم بانه يجب على المشفوع منه ان يجمع
 الثمن الذي يأخذه من الشفيع في حبس آخر (3) .

ب - واذا اوصى المشتري لشخص بذلك النصيب الذي اشتراه ، ولما مات ذلك
 الشريك بالشفعة فانه يستحقها ، وتطيل الوصية ، ويصير الثمن الذي يؤدى منه
 الشريك عند الشفعة ارثا . ولا حق فيه للموصى له (4) .

ج - اذا وهب المشتري ذلك النصيب او تصدق به ، ثم شفعه الشريك
 وأدى ثمنه للمشتري . فان كان هذا المشتري يعلم حينما وهب ذلك النصيب او تصدق
 به ان له شفيعا ، فانه يلزم بائع يدفع ذلك الثمن للموصوب له او المتصدق عليه ، لانه
 يبركانه وهبه ذلك الثمن او تصدق به عليه . وان كان لا يعلم ان له شفيعا ، كما
 اذا كان يعتقد ان البائع اقتسم مع شركائهم قسمة بثينة ما باعه له ، او كان يعتقد
 ان البائع كان يملك العقار كله ، وانه باعه جزأ منه . فان اذا الشفيع يقضى
 في حقه ولا يلزم بان يدفعه للموصوب له او المتصدق عليه . (5)

(1) ويكون للزوي في هذه الحال حق الرجوع على الزوجة بقيمة ذلك الشقص الذي استعملت

ص ٥٥

(2) المدونة 212/4

(3) بيان 184/6

(4) المتن 539/5

(5) الموائ 331/5 نقلا عن ابن سبيل .

عالم يوباع شخص عقارا لشخص ، فتصدق هذا المشتري بذلك المقار او غيره .
 وعندئذ تبين ان شخصا اخر يملك نصيبا في ذلك العقار ، وطالب باستحقاقه
 لذلك نصيب ، والشفعة في الباقي لمائبين من انتمه كان شريكا حين بيع
 شريكه نصيبه ، فانه يحكم بذلك ، وتنقض الهبة او الصدقة ، ولا يلزم شيئا
 الخصم او الواهب بان يدفع للمصدق عليه او الموهوب له لا الثمن الذي استمرده
 من الباقي بل يقابل النصيب الذي استحق من يده ، ولا الثمن الذي تحصل
 به من بيعك الشفيع ، لان ظروف الحال تدل على ان الواهب او المصدق لم يكن
 يعلم ان نصيبه شفعيا .

١٥ - قسمة المشتري للعقار مع الشريك :

أذا اشترى شخص عقارا في عتار مشترك بين عدد من الشركاء ، وكسب
 احدهم نصيبا ، ثم وقعت قسمة هذا المقار بين الشركاء الحاضرين ، بحسب
 نصيب كل واحد من الشركاء جزء معين منه وانتهت بذلك حالة الشفيع .
 ثم قدم ذلك الشريك الفائز وطالب بالشفعة وحكم له بها ، فان لم يسه
 الحق في ان يطلب نقض تلك القسمة التي اجريت في غيبته بناء على طلب الشفيع
 منه (1) .

وقاس على الشريك الفائز ، الشريك الذي ينازل عنه في الشفعة
 لصيب غير حقيقي ، والشريك الذي لم يكن يعلم بان نصيبه شريك في ذلك المقار
 وقعت قسمة ، ثم تبين انه شريك فيه وطالب بالشفعة ، فان لم يسه
 في لب نصيب القسمة التي وقعت قبل الحكم لهم بالشفعة .

(4) كراء المشتري للشفعة :

اذا اشترى المشتري للشفيع النصيب الذي اشتراه ، ثم طالب بالشفعة
 وتوصل اليها ، ثم طالب بفسخ ذلك الكراء الذي ابرمه المشتري ، فان الحكم
 بتلك بحسب الحالات الثلاث الآتية :

أ - ان تكون مدة الكراء تزيد على سنة .

ب - ان يكون الكراء مشاهرة ، ولم يسوء المكتري الاجرة للمشتري .

ج - ان يكون الكراء مشاهرة او وجيزة ، وادى المكتري الاجرة للمشتري .

في الحالتين الاولى والثانية يتفق فقهاء المالكية على انه يجوز للشفيع

ان يفسخ عقده الكراء الذي ابرمه المشتري .

بينما لهم في الحالة الثالثة تأويلان :

الأول : ان للشفيع فسخ الكراء في هذه الحالة ايضا ، سواء كان المشتري يعلم ان له شفيعا أولا . وهذا اقتضى ابن عتاب وغيره (1) . وهذا الرأي مني على ان الشفعة استحقاق . اي ان الشفييع استحق بالشفعة ذلك النصيب من المشتري بمجرد الشراء . وهذا يؤدي الى ان المشتري عند ما اكسرى ذلك النصيب للخير كان يتصرف بنفسه شيء لا يملكه ، ومعلوم ان التصرف في ملك الغير يكون مهربه متوقفا على قبول هذا الغير اورفضه . واذا قسر ففسخ هذا الكراء فان المكتري يرجع على المشتري بما دفعه له مما يقابل المدة التي لم ينتفع فيها .

الثاني : انه لا يجوز للشفيع فسخ هذا الكراء ، وانما يجب عليه استمراره ، وهذا هو الذي يعتمد به في المذهب المالكي (2) ، وبه اقتضى ابن ميثاق وغيره (3) . وهذا الرأي مني على ان الشفعة بيع ، اي ان المشتري المشفوع منه ، يعتبر كأنه يبيع الذي يملكه للشفيع ، ومنه على ذلك فان المشتري اكسرى للغير ما كان يملكه ، وانما قد تلقى النصيب بمقتضى حق الغير الذي هو الكراء ، فلا يمكنه ان ينقض ذلك الكراء الذي اتمه المشتري في الوقت الذي كان يملك فيه حق التصرف في ذلك النصيب .

واذا كان لا يجوز للشفيع فسخ هذا الكراء ، فانه لا يحسن له ايضا ان يطالب المشتري بالتعويض له من الكراء الذي توصل به ما يقابل المدة التي تلي تمكنه من الشفعة ، وانما تبقى له الأجرة التي توصل بها . وذلك لان عقد الكراء ابرم قبل الحكم بالشفعة ، فيكون كل ما نشأ عنه كانه حصل قبل الحكم . كما ان المشتري كانت له شبهة توبة عند ما اكسرى ذلك النصيب الذي اشتراه . وهي انه يمكنه ان يبتعد ان الشريك لن يشفع ما اشتراه . ولذلك اكرأه للغير لينتفع بكرائه (4) .

ونحن نرى ان القول الاول هو الذي يتمين الاخذ به ، لانه لا فرق بين تصرف المشتري في الحصة المشتراة بالكراء ، وغيره من البيع او التبرع . وقد سبق ان عرفنا ان المشتري اذا تصرف في الشقص بالبيع او التبرع او القسمة فان للشفيع ان يطلب فسخ ذلك التصرف ، فيجب ان يكون للشريك هذا الحق حتى فيما لو اكسرى المشتري تلك الحصة عن المدة التي تلي استعطاله لحقه في الشفعة . ولان المصنف في النقص المالك ان الشفعة استحقاق لا بيع . ولا شك في ان المكتري يحق له الرجوع على المشتري بما دفعه له من الكراء عن المدة التي لم يستغلها بسبب فسخ الكراء بطلب من الشفييع . ولا حق للشفيع منه في ذلك الكراء عن المدة التي تلت استعطال الشريك لحقه في الشفعة ، لانه لم يعد ملكا لذلك الشقص فلا يملكه .

(1) قال ابن عتاب : ان اكسرى الشقص وهو يعلم ان له شفيعا لم ينفذ الكراء الا في المدة اليسيرة كالأشهر . واما في الوجبة الطويلة فلا ينفذ الكراء ، الا ان يكون مكتري الأرض قد زرعها فلا بد من بقائه فيها حتى يحصد . وان كان المكتري لم يعلم بالشفيع وانما استحققت شقفا من دار او أرض فاشترى بالشفعة فلا يفسخ الكراء الا في الوجبة الأولى . يتعارف الناس عن الكراء كالسنة ونحوها . فذلك نافذ لانه فعل ما كان جائزا له . المعيار 72/8 .

(2) الزرقاني 190/6 . (3) الميقات 331/5 .

المبحث الثاني

حدوث زيادة أو نقصان في الشقص عند المشتري

=====

يمكن ان تلحق الشفعة الذي يشتريه المضمون منه زيادة أو نقصان ، قبل ان يشفعه الشريك . وذلك كما ان يكون المقار يحتوي على اشجار ، فتشترى حصة من الاشجار ، او يكون العقار الذي اشترى المضمون منه نصيبا فيه ، كمنزل الخبز ، وينتفع من ذلك مبلغ مقابل الكراء . او يزرع المشتري الجزء الذي اشتراه من الارض المشتركة او يخرسه ، او يبنيه فيه . وكان يحدث في ذلك الشقص عيب عند المشتري او تلف او هدم ، او يقسم المشتري بهدوه . وهكذا .

ونتكلم على حكم الفلحة التي تنفع عند المشتري . ثم على حكم الزيادة التي يحدثها المشتري في الشقص . ثم نخاطب الى حكم النقص الذي يلحق الشقة عند المشتري .

اولا : حكم الفلحة . والزيادة في الشقص

هناك قاعدة عامة تقضي بان الفساج بالضمات ، وتطبيق هذه القاعدة يقتضي ان المشتري يستحق الفلحة التي ينتجها النصيب عنده ، قبل الحكم للشريك بالشفعة ، لان ذلك النصيب يدخل في ضمانه بمجرد الشراء . ويستحق المشتري الفلحة سواء كانت ثمارا انتجها النصيب الذي اشتراه ، او مسالا نتج مقابل كراء ذلك المقار للغير ، او منفعة استفادها المشتري منه . او غير ذلك من انواع الفلحات وسواء كان المشتري لا يعلم عند شرائه ذلك النصيب ان له شريكا او كان يعلم ذلك ، لانه من الممكن ان لا يستعمل الشريك حقه في الشفعة . وهذا يعني ان المشتري له شبهة في الشيء الذي اشتراه ، وهذه شبهة تستوجب استحقاقه للشفعة (1) .

كما ان المشتري يستحق الفلحة عن المدة التي قبل الحكم بالشفعة للشريك ، ولو طال تلك المدة واستمرت لمدة سنوات . كطال الشأن في الحالات الاتية :
أ - اذا لم يعلم الشريك ببيع شريكه له الا بعد عدة سنوات فطالب بالشفعة .

ب - اذا كان الشريك فاضلا حين بيع شريكه له ولم يرجع الا بعد سنوات وطالب حينئذ بالشفعة ، فان المشتري يستحق الفلحة الى ان يحكم للشريك بالشفعة .

ج - اذا طالب الشريك بالشفعة فنازعه المشتري في استحقاقه لها ، والتاخرات دعوى المالبة بالشفعة واستمرت مدة حصلت فيها غلة في النصيب الذي يطالب بشفعته .

فإن المشتري يستحق الفلّة عن المدة التي قبل صدور الحكم بالشفعة للشريك ولو تبين أن المشتري غير محق في مخاصمة الشريك (1).

لكن الذي تقتضيه قواعد الاستحقاق في أن المشتري لا يستحق الفلّة عن مدة دعوى المطالبة بالشفعة إلا إذا كان يعتقد أنه محق في مخاصمته للشريك ، كان يعتقد المشتري أنه اشترى شيئاً مقسوماً قسمة بنية ، أو شيئاً لا مركبة فيه لأحد ، أو غير ذلك مما يكون فيه للمشتري شبهة تسقط حق الشريك في الشفعة .

أما إذا كانت مخاصمته للشريك لا تستند إلى أية شبهة ، بحيث كان يلزم أن هذا الذي يطالب بالشفعة له الحق فيها ، ومع ذلك تعمد جحد حقه وجعل على المطالبة إجراءات الدعوى ، فإنه لا يستحق الفلّة عن مدة الدعوى (2).

إذا زرع المشتري في الشفعة

إذا اشترى شخص نصيباً في أرض ثم قام بزرع ذلك النصب فطالب الشفعة بالشفعة وحكم له بها ، فإن ذلك الزرع يثبت للمشتري إلى أن يصدده ، ولا بالنصب بقلعه قبل نضجه ، كما لا يطالب بأي اجرة لفائدة الشفعين مقابل بقاء هذا الزرع في الأرض المشفوعة ، لأنه زرعها عند ما كان ملكاً لها . ولأن الشفعين يعتبر كأنفسه اشترى تلك الأرض وفيها زرع للبائع ، ومن المعلوم أن من اشترى أرضاً مزروعة زرعها للبائع ويثبت إلى الحصاد بها اجرة (3).

إذا بنى المشتري أو غرس في الشفعة

إذا اشترى شخص شقفاً من أرض ، ثم أحدث فيه بناء أو غرساً ، ثم قام الشريك في ذلك الشق بطلب الشفعة وأثبت موجهتها ، فإن للملكة في ذلك البناء والغرس قوليس من نصيبها :

(1) أن الشريك لا يستحق الشفعة إلا إذا دفع للمشتري قيمة بناءه أو غرسه أتمماً أي أن الشفعين يجب عليه أن يؤدى زيادة على ثمن الشقص قيمة البناء أو الغرس قائمين في الأرض غير مقلوبين . فإن امتنع فلا حق له في الشفعة . وهذا هو قول الأصحاب (4).

(2) أنه يجب التفريق بين ما إذا لم يكن المشتري مالاً حين البناء أو الغرس ، وإنه شفعياً ، وبين ما إذا كان مالاً بذلك .

(1) المعتبر 69/8 .

(2) المهدي الوزاني على التحفة 516/2 .

(3) المثنوي 502/5 . والمدينة 220/4 .

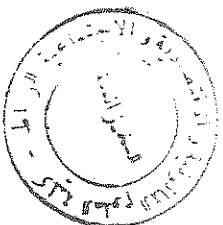
(4) المدينة 220/4 .

ففيما اذا لم يكن حسن بنى او غرس في الشقص الذي اشتراه يعلم ان له فيها
كما اذا اشترى قطعة ارض يعتقد انها مملوكة ملكا خاصا للبائع ، او كان يكتسب
ان البائع باع له جزءا من ارض يملكها كلها . فيجب على الشريك ان يؤدي المصروف
منه القيمة التي يساويها ذلك البناء او الغرس يوم الاخذ بالشفعة على اقل اسمه
قائم غير مقلوع . وذلك لان المشتري لم يكن متعديا حينما بنى او غرس في ارضه لم
ان له شفعا فيها .

اما اذا كان المشتري يعلم حسن البناء او الغرس ان له شفعا ، فان هذا المصروف
يؤخر حسن الشفعة ، بين ان يؤدي للمشتري قيمة بنائه او غرسه على انه مقلوع ،
وبين ان يأمره بقلعه . لان هذا المشتري يعتبر متعديا حيث بنى او غرس في ارض يعلم
ان له فيها شفعا يمكنه ان يأخذها بالشفعة .

ويرجع هذا الخلاف حول المشتري الذي يبنى او يغرس في الارض التي يشتريها
الى ان تصرفه هذا يشبهه كالا من تصرف المشتري في الشيء الذي يشتريه
ثم يتبين بعد ذلك ان ذلك الشيء يملكه شخص اخر غير البائع .
وبين تصرف الفاضل في الشيء المصنوع . فمن رأى ان تصرف
المشتري في الشيء قبل الشفعة اقرب الى تصرف المشتري قبل الانتفاع
بالقول الاول . ومن رأى انه اقرب الى تصرف الفاضل تصيبك بالنقل الثاني .
والمعتد في المذهب المالكي هو القول الثاني .
وقد عرفت من قبله قول ابي حنيفة (1) .

(1) يرى ابو حنيفة فيما اذا بنى المشتري او غرس في الشقص وهو يعلم ان له شفعا ، ان
الشفيع مخير بين ان يأمر المشتري بقلع ما بنى او ما غرسه . وبين ان يعطيه قيمة البناء
او الغرس مستحقي القلع . اي يعطيه قيمة البناء والغرس على انهما مقلعان ، بعد ان يثبت
من تلك القيمة اجرة القلع . وذلك لان المشتري بنى في محل تعلق به حق تؤكد للغير من
غير ان يسلطه صاحب هذا الحق . ولذلك كان جزاؤه ان يقلع . الهداية 431/7 .
وروي عن ابي يوسف ان الشفيع لا يجبر المشتري على القلع ، وانما يجب عليه ان يأخذ
البناء والغرس بقيمتها قائمين زيادة على ثمن المقار ، والا فلا شفعة له ، لان المشتري
كان محققا عند ما بنى في ملكه ، ولذلك لا يمكن تكليفه بالقلع ، لان الذي يكتسب
بذلك هو المقتصد . بدائع النائع 29/3 .



ثانيا : حكم النقص في الشئ

===

إذا اشترى شخص شئاً ، وحصل فيه نقص في قيمته وهو عنده ، فقد اختلفت المذاهب حول حكم ذلك النقص

أولاً - يرى الحنفية ، أن ما يحدث في النقص في عيب عند المشفوع منه يختلف حكمه بحسب ما يلي :

أ - إذا لم يؤول إلى تلف في الحال ، كان يتشقق جدار الدار أو تمسك السلم أو رانة ضفد ، فإن الشفع يجب عليه - بما أراه أن يشفع - أن يؤدى جميع الثمن الذي دفعه المشفوع منه ، وقد يحيط عنه ما سائل ذلك العيب .

ب - إذا أدى إلى تلف شيء من الثمن ، كما إذا انكسرت الأشجار ، فيحقق للشريك أن يشفع الباقي فقد بما يقابله من الثمن ، ويحيط عنه ما يقابل ذلك العيب (1) **ثانياً -** يرى الحنفية ، أنه إذا حدث عيب في المقار أو انفصل شيء منه فإن الحكم يختلف بحسب ما يلي :

1 = إذا كان الجزء الذي انفصل عن المقار مما يدخل في عقد البيع من ثمر أو يحتاج إلى التصدير عليه ، كالبناء والتجسس .
أ - فإن كان ذلك بأقوة ساطوة ، كما إذا احترق البناء أو غرق أو انفصل أو خسف شجر البستان ، فإن الشفع يجب عليه أن يؤدى كل الثمن إذا أراه أن يشفع الأرض ، ولا يحيط عنه شيء يقابل ذلك العيب . لأن ذلك الجزء المنفصل لا يقابل له من الثمن وإنما هو تابع للتصل .

ب - وإن كان ذلك بفعل المشتري أو بفعل شخص أجنبي ، كما إذا هدم المشتري أو غيره الدار أو قطع الأشجار ، فإن الشفع يحيط عنه ما يقابل ذلك البناء ، أو تلك الأشجار . بحيث يقوم البناء على الطلة التي كان عليها قبل هدمه ، كما تقوم الأشجار على أساساتها منروسة ، ويحيط عن الشفع تلك القيمة من الثمن الذي وقع عليه البيع ، ولا يؤدى للمشفوع منه إلا الباقي . لأنه وإن كان ذلك الجزء المنفصل لا يقابل له من الثمن إلا أن الاتلاف لما كان بفعل الإنسان كان لا بد فيه من أن يحيط عن الشفع ما يقابل منه .

2 = إذا كان الجزء الذي انفصل من المقار لا يدخل في عقد البيع إلا بالتصدير عليه ، وإن كان كالزمن والثمر ، فيقوم ذلك الجزء المنفصل باعتبار ما كان عليه يوم وقوع البيع وتسقط تلك القيمة من الثمن الذي وقع به البيع . سواء كان قد انفصل بأقوة ساطوة أو بفعل المشتري أو غيره . لأن منه ما دام الثمر والزمن لا يدخل في عقد البيع إلا بالنقص عليه فلذلك لا بد أن يكون له جزء من الثمن (2) .

(1) فتح المزمع 454/11 .

(2) بدائع المنائس 28/3 .

ثالثا : اما المالكية فيفرون بين حالتين .

الاولى : ان يحدث ذلك التقص بغير عمل المشتري ، او بعمطه ولكن لجهلته ارتأى ، كما اذا هدم جدارا يريد ان ينقص به بين غيره . ففي هذه الحالة يجب على الشفيع ان يؤدى للمشتري جميع الثمن . ولا يحط عنه شيء منه مقابل ما حدث في التقص من تقصير (1) .

الثانية : ان يتعب المشتري في ذلك التقص لغير مصلحة ، كما اذا هدم جدارا لاصلاحه في نفسه ، او اطلق بعض الاشجار ليرسب . فان هذا المشتري يضمن ذلك التقص الذي حدث في نسبة النصب للشفيع . بحيث يحط من الشفيع من الثمن ما يقابل ذلك التقص من القصة ، سواء كان المشتري يعلم ان له شفيعا او لم يعلم . يمكن يعلم ذلك . سواء كان المشتري قد فعل ذلك عمدا او خطأ ، لما هو مصروف من ان العمد والخطأ في اموال الناس سواء . ولا يقبل اعتذار المشتري بانه احدث ذلك التقص عندما كان ذلك التبعيب في ملكه . لانه تبين بعد القصة ان ذلك التبعيب لم يكن في ملك المشتري (2) .

بقي ان نتناول هذه المسئلة الثلاثة .

(1) كيف يجوز للمشتري ان ينفي او يثبت فيما اشتراه . مع انه اشترى على الشفيع ، ومعلوم ان من يملك على الشفيع لا يحق له ان يعدم او ينفي لانه لا يملك شيئا مميضا .

(2) كيف يمكن الشريك من القصة فيما اذا بنى المشتري او هدمه ، مع انه « ياتي لنا ان الشريك اذا راي المشتري ينفي او يثبت وسكت » فان ذلك يسقط حقه فسخي السب القصة . (3)

(3) كيف يتصور تكوين الشريك من الاخذ بالشفعة مع الزامه بدفع قيمة البناء تأملا (في حالة ما اذا كان المشتري حسن البناء والشرع لا يعلم ان له شفيعا) مع ان القاعدة تقتضي بان الشريك ان علم ان المشتري ينفي ويعدم فأن شفعه له ، وان لهم يعلم بذلك فليس للمشتري الا قيمة البناء منقوصا ، لانه تعدي حسن بنى وهدمه . (4)

(1) المسروق 331/5 .

(2) الزرقاني 190/6 . (3) انظر صفحة : 208

(4) هذا السؤال الثالث وجهه لخصه بين المواز احسن علماء المالكية . الزرقاني 191/6 .

وسنحاول الاجابة عن هذه الاسئلة فيما يلبي :

1) يمكن ان يعني المشتري او يفسد فيما اشتراه في عمدة حالات ~~هذه~~ .
 أ - ان يشتري شخص ~~بعض~~ في عقار . فيسقط الشريك حقه في الشفعة
 بسبب غير حقيقي ، كان يظهر المشتري انه تلقى ذلك الشقص عن طريق
 التهمة لا عن طريق البيع ، وكان يكذب عليه في الثمن ، ~~بحسب~~
 يدعي انه اشتراه بثمن مرتفع ، او غير ذلك . ثم يجري قسمة بشفعة
 بينه وبين المشتري في هذا المقار فيعني المشتري ويهدم ، ثم يطلع الشريك
 على الحقيقة ، فيطالب بالشفعة .

ب - ان يكون الشريك حين البيع غائبا وله وكيل على التصرف في ذلك ~~البيع~~
 وهو غير مفوض . فيقامم هذا الوكيل المشتري . وقد ان يعني هذا المشتري
 او يفسد ، يرجع الغائب ويطلب بالشفعة .

ج - ان يكون الشريك غائبا حين البيع ، فيطالب المشتري القسمة عن طريق القضاء
 ويحصل عليها ، فيعني فيما خرج له . ثم يرجع الشريك الغائب ويطلب بالشفعة⁽¹⁾

د - ان يشتري شخص عقارا من شخص ~~آخر~~ فيعني فيه ويهدم ، ثم يفسد
 عليه شخص آخر بانه يملك جزءا من ذلك المقار ، ويطلب الحكم له باستحقاق
 ذلك الجزء ، وشفعة الباقي ، فيحكم له بذلك .

2) يستحق الشريك الشفعة بالرغم من رؤيته المشتري يعني ويهدم ، ~~نفسا~~
 اذا نازل عن حقه في الشفعة لمذر غير حقيقي ، كما اذا كذب عليه المشتري في الثمن ،
 او ادعى المشتري ان ذلك الشقص قد وهب له ، وكذلك فيما اذا بنى المشتري او ~~بنا~~
 اجراءات دعوى التهمة بالشفعة .

3) يمكن الجواب على السؤال الثالث بالقول بان المشتري لا يكون دائما مقديما
 بالبنا والفسد فيما اشتراه . حتى نقول انه لا يستحق الا قسمة البنا ~~مقوضا~~ .
 ان انه مدعا لاشك فيه ان المشتري اذا بنى او فسد ، وهو لا يعلم ان له شريكا ،
 فانه لا يكون مقديما ~~حينئذ~~ ، لانه بنى وفسد في ارض يعتقد انها خالصة
 له لا حتى لاحد ~~فيها~~ .

كما ان الشين ~~على~~ اجاب على هذا السؤال ~~بشرب~~ ~~مطلبة~~
 لا يكون فيها المشتري مقديما بالبنا في ارض التي اشتراها . ومن ~~هذه~~ ~~المطلبة~~
 مما يلبي :

أ - ان يكون المقار مشترك بين شخصين ، فيفسد احدهما بعد ان يوكيل
 شخصا وكالة خاصة على ان يقاسم شريكه في ذلك المقار . فيفسد الشريك ~~الحاضر~~

ببيع نصيبه في ذلك المقار قبل اجراء القسمة ، ثم يجري الوكيل المذكور
 القسمة مع المشتري ، ثم ينيى هذا المشتري في الجزء الذي خرج له ، ويثبت
 ك يثبت الشائب وبالسبب الشفعية ، فانه يستحقها ، لانه كان قائما
 حين بيع شريكه نصيبه قبل القسمة . كما ان المشتري يعتبر غير
 ببناءه فيما خرج له .

ب - ان يشتري شخص ارباطا ، فينيى فيها ويثبت ، ثم يثبت
 اخر يملك نصفها ويحكم له باستحقاق ذلك النصف ، وشفعية النصيب
 .

ج - ان يسقط الشريك الشفعية لان شخصا اخر غير المشتري (1) كذب عليه
 في الثمن ، او ذكر له ان شريكه وشائب شقيقه للمشتري ، فينيى المشتري
 . ثم يملك الشريك على الثمن الحقيقي ، او على ان المقد كان
 ببناء لا شفعية ، وبالسبب بالشفعية . (2)

نفي هذه الحالات يعتبر المشتري غير متأكد ببناءه
 ووجهه فيما اشتراه ، ولذلك يستحق قسمة البناء على من استحق
 انه تائب .

(1) اما اذا صدر هذا الكذب من المشتري فانه يعتبر مقديا ببناءه في ذلك الشفعية

ولا يستحق حينئذ الا قيمة البناء مفوضا لاقامها . الزقاني 191/6 .

(2) الزقاني 191/6 .

الفصل الرابع

سقوط حق الشفعة

عرفنا ان الشفعة حق يثبت للشريك عند ما ينتقل نصيب شريكه في عقار او ما يتصل به الى مالك جديد بقتضى عقد معاوضة . وتكلمنا على اركان الشفعة وما يتعلق بكل ركن منها . وما يجب على كل من يطلب الشفعة بالشفعة ان يثبته ليستحقها .

ونتكلم الآن على الاسباب التي تسقط حق الشريك في الشفعة ، بحيث اذا وجد احد هذه الاسباب لم يبق اي حق للشريك في ان يشفع نصيب شريكه . وذلك في حثين نخصر اولهما لمقتضات الشفعة . وثانيهما للتنازل عن الشفعة بصفته اقليم مسقاة .

المحتمات الاولى

سقطات الشفعة

يستخلص من كتب الفقه ان هناك ثمانية اسباب تؤدي الى سقوط حق الشفعة . وهي التالية :

اولا - التنازل عن الشفعة . سيأتي لنا ان الشريك يحق له ان يتنازل عن حقه في شفعة ما انتقل الى مالك جديد مما هو في شركته . واذا وقع هذا التنازل سواء كان مقابل عوض يا غرضه من المشفوع ضمه او من غير مشفوعه او بغير عوض ، فان حق الشريك في الشفعة يسقط . الا اذا كان الشركاء متعددين والمطالب بعضهم بالشفعة بعد ان تنازل البعض الآخر فانه يحسن للشريك المتنازل ان يطلب الشفعة على قدر نصيبه ، ولا يضره التنازل الذي صدر منه قبل طلب الشركاء الآخرين للشفعة . ونظرا لتنوع الاحكام المتعاقبة بالتنازل عن الشفعة فنخصص له محثا مستقلا ، ويمكن الرجوع اليه لمعرفة سقوط جميع ما يتعلق بهذا الموضوع وخصوصا اثر التنازل في سقوط حق الشريك في الشفعة .

ثانيا - تنازع الشريكين فيمن له الحرف في الشفعة .

اذا طالب شخص من آخر ان يمنحه من شفعة ما انتقل اليه بمحوي بنسبة علي انه كان شريكا في ذلك الطبق حين وقوع هذه المعاوضة ، فاجب للمطالب بالشفعة بانه هو الذي يستحق شفعة النقص الذي يملكه هذا الطالب لانه كان شريكا قبله . وتنازعا فيمن منهما الشريك الجديد والشريك القديم ، ولم يستطع احدهما ان يثبت انه اقدم من الآخر في شركة العقار موضوع الشفعة ،

كما لو فرضنا ان شخصا اشترى جزءا من عقار بمقتضى عقد رسمي أو عرفي ، وسجل فيه تاريخ المعاملة باليوم والشهر والسنة ، ثم رفع دعوى على شخص آخر يذكر فيها ان هذا المدعى عليه انتقل اليه جزء من ذلك العقار بمعاملة ، ولذلك يتعين عليه ان يثبت من شفعة هذا الجزء ، فاجاب المدعى عليه بانعه هو الذي يستحق الشفعة ، لانه طاك الجزء الذي يطلب المدعى شفعة قبل ان يملك هذا المدعى ذلك الجزء الذي صار به شريكا في ذلك الحقسما ، وادلى برسم عدلي او عرفي يثبت انتقال ملك الشقي اليه في نفس اليوم الذي انتقل فيه الملك الى المدعى . ولم يمكن تعيين من منهما انتقل اليه الملك اولا ، بسبب ان الرسمين خاليان من تعيين ساعة العقد او بسبب انهما معا ينصان على توقيت واحد ، ولم يمتطخ احدهما ان يثبت انعه اقدم من الآخر في شركة هذا العقار . فان كل واحد منهما يلزم بان يخلصف على انه اقدم من الآخر في شركة العقار ، وتجري القرعة بينهما لتعيين من يبدأ بالحلف منهما .

أ - فان حلفا معا ، او تكلا معا ، عن هذه اليومين ، فان الحكم يصدر بسبقهما ، حتى كل واحد منهما في شفعة ما ملكه الآخر . نظرا لتقدير معرفة مسمين منهما يستحق الشفعة ، لما عرفنا من ان الذي يستحق الشفعة هو المالك القديم في المالك الجديد .

باب وان حلف احدهما وتكمل الآخر ، حكم بان الحالف هو الذي يستحق ملكه على ملك الآخر ، وتثبت له الشفعة حينئذ (1) .

ثالثا - قيام الشريك بمسك الاجل .

عرفنا ان اجل الشفعة عند الملكية ينتهي بمرور شهرين من تاريخ انتقال الملك بمعاملة الى المشفوع منه اذا حضر الشريك هذه المعاملة . ومرار سنة ابتداء من تاريخ ملكه بالمعاملة المذكورة ، او من تاريخ زوال المانع الذي منعه من طلب الشفعة . وذلك ما سبق تفصيله (2) .

فان طلب الشريك من شخص ان يثبت من شفعة الشقي الذي ملكه بموعد فاجاب المشفوع منه بان اجل الشفعة قد انتهى قبل هذا الطلب ، واثبت ذلك بحجة مقبولة ، كان يثبت ان هذا الشريك حضر تاريخ البيع ، وانه لم يتقدم بهذا الطلب الا بمرور اكثر من شهرين ، واثبت انه اخبره بتاريخ المعاملة منذ اكثر من سنة ، واثبت ان المانع الذي كان يمنعه قد ارتفع منذ اكثر من سنة . فان شفعة

(1) الزرقاني 180/6 .

(2) انظر صفحة : 150 ومما بعد .

أما إذا اقتصر المفعول منه على الادعاء بأن الاجل قد انقضى ولم يسم
بشئ ذلك بحجة قبولية فسان حق الشريك في الشفعة لا يحفظ . لأن الشفعة
قد وجبت له ، والمشتري (المفعول منه) يدعي ما يعقلنا أنه يصح له ،
بمسبب دون حجج . (1)

رأبما - فبما الشريك بعد علمه بموجب الشفعة .

إذا غاب الشريك بعد أن علم بانتقال نصيب شريكه بنا ونية
إلى مالك جديد ، ولم يرجع إلا بعد انتهاء الاجل المحدد للشفعة بالشفعة فإن
حقه في الشفعة يسقط ، ولا يقبل منه أن يستدريانه كان غائبا بالشفعة
هذه المسألة (2) .

وقد استثنى الفقهاء حالة واحدة يبقى فيها لهذا النائب الحق في طلب
الشفعة بعد رجوعه ولو خارج الاجل ، وهي ما إذا أثبت بينة أو ترسية
أنه كان ينوي أن يرجع من سفره قبلضي المدة المقتضية للشفعة إلا أن طعنا
خارجيا عن إرادته مما لم يكن ينوقعه عند سفره منه من الرعي ، واقسمه
عن المجيء . لكنه لا يحكم له بالشفعة في هذه الحالة إلا إذا حلف على
أنه لم يسقط شفعتيه . (3)

ولكننا نرى أن مرور الاجل المحدد للشفعة يحفظ حق الشريك في الشفعة ،
ولا يقبل منه أي عذر ما عدا الأعذار التي ذكرناها عند الكلام على التنازل عن
الشفعة لسبب غير حقيقي (4) ، خصوصا وأننا نعلم أن الشريك يمكنه أن يتسبب
عنه من طلب الشفعة لفائدته ، وأنه لا يلزم أن ياليا بنفسه . ولذا فنثبت
بعد علمه بالمعوضة التي انتقل بمقتضاها نصيب شريكه إلى مالك جديد
جديد ، وعدم رجوعه أو تعييس من ينوب عنه بطلب الشفعة داخل أجلها ، يعتبر
اعراضا منه عن الشفعة ، ولذلك يجب أن يحكم عليه بحقوقه فيها .
خاصة - تفويت الشريك لحضته قبل طلب الشفعة .

تفويت الشريك لحضته ، أما أن يصدر منه بعد أن يعلم بانتقال حصة شريكه
إلى مالك جديد ، وأما أن يصدر منه قبل أن يعلم بذلك .

(1) التسولي 111/2 .

(2) إذا غاب قبل علمه بذلك فقد سبق أن حقه في الشفعة لا يسقط إلا بمرور سنة على علمه به .

رجوعه (أنظر صفحة : 154) - (3) المدونة 238/1/4 وماني 182/6

(4) أنظر صفحة 220

أ - فإذا فوت الشريك حصته كلها بمحضه أن علم بانتقال نصيب شريكه بدونه إلى مالك جديد ، كما لو فرضنا أن محمد أو خالد شريكان في عتار ، فباع محمد نصيبه لنفسه ، وعلم خالد بذلك ، ثم فوت هو أيضا نصيبه فلا حق له في نصيب ما باعه خالد ، لأن حقه في الشفعة يسقط بقيامه ببيع نصيبه قبل طرده للشريك الحقيق ، لأنه لم يسبق شريكه في العتار ، فلم يبق هناك موجب للشفعة التي فوت نفع الشفعة عن الشريك من دخول شريك جديد ، كما أن قيامه بثبوت نصيبه بمحض علمه بما يوجب له الشفعة ، يدل على رضاه عن تنازله عن حقه فيها . وليس العكس من ذلك فإن المالك الذي انتقل إليه نصيب ذلك الشريك (وهو محمد في مثالنا) يحق له أن يطلب شفعة ما فوته هذا الشريك لأنه كان شريكاً معه عند ما فوت هذا الشريك نصيبه .

وإن لم يفوت الشريك (خالد في مثالنا) إلا بعض حصته بمحض علمه بانتقال نصيب شريكه بمحضه إلى شريك جديد ، فإن حقه في الشفعة لا يحقظ ، فإذ إذا طلب الشركاء الآخرون الشفعة وكانوا في درجة واحدة من مراتب الشفعة التي يحتلونها فيسبق (1) . فإن هذا الشريك لا يستحق الشفعة الأعلى قدر النصيب الذي بقى في حقه . ب - أما إذا فوت الشريك نصيبه قبل علمه بانتقال نصيب شريكه إلى الغير ، فإن ابن القاسم يرى أن ذلك لا يسقط حقه في الشفعة . وهذا هو الغرض من الاستسكان في المسألة (3) . وهو الذي اختاره ابن رشد ، ووجهه بأنه بام الشريك حاليه بمحضه أن علم ببيع شريكه حاليه فإن ذلك يعني أنه يرغب عن الشفعة وتنازل عنها ، ولذلك يحكم بسقوط حقه في الشفعة . أما إذا باع نصيبه قبل أن يعلم ببيع شريكه لنصيبه ، فإن ذلك لا يدل على تنازله عن الشفعة ، لأنه يمكن أن يحتج بأنه لم يثبت نصيبه في العتار نظراً لضالته ، ولو كان يعلم بأن شريكه قد باع نصيبه لما سحاح هو نصيبه ولا يسرع إلى الب الشفعة (4) .

كما أنه يمكن أن يحتج لهذا الرأي بأن الشفعة وجبت لهذا الشريك بحسب نصيبه انتقل إلى مالك جديد . ولم يصدر منه ما يدل على أعراضه عنها أو إسقاطه لها .

ويرى الحنفية أن بيع الشفيع لنصيبه يسقط حقه في الشفعة ، سواء باعه قبل أن يعلم ببيع شريكه أو بعده (5) .

(1) انظر صفحة : 170

(2) الزرقاني 181/6 .

(3) المهدي الوزاني 462/3 .

(4) الزرقاني 180/6 .

(5) فتوح المصنف 341 .

سادس - شراء الشقص من شئوع منه أو استجاره منه .

إذا انتقل نصيب شخص في عقار المالك الجديد ، فاشتري الشريك في ذلك العقار هذا النصيب من ذلك المالك الجديد ، فإن حقه في الشفعة يسقط . ويلزمه أن يؤدي للبائع جميع الثمن المتفق عليه ، سواء كان يساهي ما يملكه هذا البائع في سبيل الحصول عليه أو لا . ولا يحق لهذا الشريك عند حصوله في الشقص من المالك الجديد ، الرجوع من دفع ما زاد على ما صرفه من هذا المالك الجديد في سبيل الحصول على نصيب الشقص ، بدعي أن من حقه أن يشتمل منه ولا يؤدي حينئذ إلا ما صرفه الشئوع منه ، لأن قيام الشريك بشراء الشقص من المالك الجديد ، وإثباته حقه على النصيب ، يعتبر حجة على حقه في الشفعة (1) . ولا يقبل منه الاعتذار بأنه كان يجهل أن له الحق في الشفعة ، ولذلك اضطر إلى شرائه منه ، لما سبق لنا أنه لا يقبل من الشريك أن يضطر بالجهل (2) .

وكذلك يسقط حق الشريك في الشفعة إذا استاجر الشقص من مالكه الجديد ، أو اتفق معه على أن يحصل فيه بماتية أو مزاولة أو غيرها .

كما أن مجرد مساومة الشريك للمالك الجديد على شراء ذلك الشقص يسقط حقه في الشفعة إذا عرض عليه في هذه المساومة ضمناً أعلى مما صرفه ذلك المالك الجديد في سبيل الحصول عليه .

أما إذا عرض عليه في هذه المساومة ضمناً أقل من الثمن الذي اشتراه به ، فإن حقه في الشفعة لا يسقط ما دام لم ينهزم بخصوص عقد البيع ، لأن من حجة الشريك أن يقسمول : أنني مساومته عليه على أصل أن يرضى بأن يصفه لي بأقل من الثمن الذي اشتراه به ، فلو لم يقبل بقي لي الحق في الشفعة منه بالشفعة .

لكن يجب على الشريك أن يحلف في هذه الحالة ، على أنه لم يسقط حقه في الشفعة عند المساومة (3) ، وأنه بقي محتفظاً بهذا الحق كما يدعي .

ويرى الحنفية أن مجرد مساومة الشئوع للشئوع في ذلك العقار يسقط الشفعة ، سواء كان قد مساومه على شرائه لنفسه أو لغيره ، أو ماله أن يوليئه إياه ، أو يشاركه فيه ، أو يؤاجره له ، أو كانت أرباً فطالب منه المزاولة . لأن هذه المزاولة إذا حصلت بحد علمه بالشراء ، تدل على التنازل عن الشفعة (4) .

(1) الزرقاني في 180/ع .

(2) أنظر صفحة : 155

(3) الزرقاني وناصري في 181/6 . نقلاً عن التوفيق .

(4) تحفة الفقهاء 59/3 .

سابعا - قصة العقار المشترك.

إذا انتقل نصيب أحد الشركاء في العقار إلى مالك جديد بموافقة و تسميم
 البشريك الذي يستحق الشفعة من المالك الجديد أن يجري معه القصة في ذلك المقار
 بأخذ كل واحد منهم جزءا حينا منه على قدر ما يملكه ، وأجريت هذه القصة
 بمقتضى كل واحد من الشركاء بجزء معين من المقار ، أما بصفة نهائية ، (وهذا
 ما يسمى بالقصة البتية التي تسمى الشوكة والشيخ) ، وأما بصفة مؤقتة (وهذا
 ما يسمى بالقصة الاختلافية التي تسمى الشوكة والشيخ) ، وإنما يراء بهذا أن يفتقر
 لكل شريك جزء من المقار على قدر ما يملكه له ليستلطفه) ، لأن ذلك يسقط حق الشريك
 في شفعة ما انتقل إلى ذلك المالك الجديد .

أما مجرد البشريك للشفعة من المالك الجديد فلا يسقط حقه في الشفعة
 ما دامت القصة لم تجز . ولذا يحق لمن طلب القصة البتية أو الاستثنائية
 أن يستعمل حقه في شفعة ما انتقل إلى ذلك المالك الجديد على المقتضى
 المذكور .

وأما قصة غلة المقار المشترك إذا جرت بين الشريك والمالك الجديد لنصيب شريكه
 أن ابن القاسم يرى أنها لا تعطل حق ذلك الشريك في شفعة النصيب الذي انتقل إلى هذا المالك
 الجديد ، بينما يرى أغلبنا تعطل الحق في الشفعة (1)

ويظهر أن قول ابن القاسم المذكور غير مشهور ، بدليل ما جاء في المعيار من الإشارة إليه
 بعبارة تدل على عدم انتشاره . وهذا هو ما ورد في المعيار في هذا الصدد : في جواب الشيخ
 محمد بن أبي الحسن الصغير ، أما قسم الفلسفة فقد حكى عن ابن القاسم أنه غير مستعمل
 الشفعة ، حكى هذا القول الذهبي عنه في كتابه (2) .

ولهذا يكون من الأولى السير على قول أغلبنا ، الذي يقتضي بحقوق حق الشفعة
 للشفعة للشريك الذي يقاسم المالك الجديد غلة المقار المشترك ، لأن ذلك يدل على رضى
 الشريك القديم بالشريك الجديد ، وما يلزم له . خصوصا وأننا سنعلم قريبا أن مجرد رؤية
 الشريك الجديد وهو يتصرف في المقار المشترك يسقط الحق في الشفعة .
 لكن المجلس الأعلى اختار قول ابن القاسم ، وقد ورد في إحدى حيثيات أحد أحكامه ما يلي :
 سرا إلى أن مقاسمة الشفع للمشتري تعقد شفعة ، بنية كانت أو استثنائية ، بخلاف مقاسمة له على
 غلة (3) .

(1) الفرقانسي 180/6 .

(2) المعيار 63/8 .

(3) الحكم الشرعي عدد 11 بتاريخ 6 جمادى الثانية 1379 الموافق 7 جنبر 1959 .

ثانياً - رؤية الشريك للطالب الجديد وهو يعني ويخدم في الحصة .

إذا كان عقار مشتركاً بين اثنين أو أكثر ، ثم اقتسمناه قسمة استغلالية
بأزكل واحد منهما جسراً منه . ثم نسوت أحدهما نصيبه إلى مالك جديد
مأوضعية حاز بمقتضاها هذا المالك الجديد ذلك الجزء الذي كان يستغله
ففسد . وصار هذا المالك الجديد يتصرف في ذلك الجزء تصرف المالك
ملكه ، كالهدم والبناء (وغرس الأشجار وحفر الآبار) ورأى الشريك الآخر هذه
التصرفات ولم يوافقها التي انتقلت بها تلك الحصة إلى هذا المالك الجديد ،
مع ذلك لم يملكه ولو مدة يسيرة ، ولم يأت إلى منعه من هذه التصرفات
إلى طلب الشفعة ، فإن حقه في الشفعة يسقط ، ولو لم يمض الأجل المحدد
للمنفعة (1) .

وبسبب أن يراعى ما سبق أن ذكرنا من أن مجرد رؤية الشريك لشخص أجنبي
تصرف في الحصة المشاعة ولو بالبناء والهدم لا يقوم وحده حجة كافية على علمه بانتقال
لك الحصة إلى ذلك الشخص . بل لابد أن يثبت - ولو بواسطة القرائن - أن
الشريك قد علم فعلاً بانتقال تلك الحصة إلى الشخص الذي يتصرف فيها ،
حينئذ يكون سكوتة سقطاً لحقه في الشفعة . (2)

المبحث الثاني

التنازل عن الشفعة

فصل الفقهاء الأحكام التي تتعلق بتنازل الشريك عن حقه في الشفعة . ويمكن حصر
هذه الأحكام في النقاط الآتية :

- (1) حكم التنازل عن الشفعة قبل البيع ومعهده .
- (2) تنازل أحد الشركاء عن الشفعة .
- (3) إثبات التنازل .
- (4) تنازل الشريك عن الشفعة بعد طلبه .
- (5) التنازل عن الشفعة لسبب غير حقيقة .

النقطة الأولى : حكم التنازل عن الشفعة .

يمكن أن يتنازل الشريك عن حقه في الشفعة قبل أن ينتقل نصيبه إلى الطالب الجديد

مأوضعية ، أو بعد أن يتم ذلك الانتقال .

(1) الزقاني 181/6 . ومعلوم أنه إذا بادر إلى منعه من هذه التصرفات فإنه يبقى على حقه في الشفعة .
أنه ينتهي الأجل المحدد للشفعة .

(2) انظر صفحة : 152

(1) فان وقع التنازل قبل المعاوضة ، سواء كان هذا التنازل بصفة صريحة ومطلقة ، كما اذا قال : انني اتنازل عن حقي في الشفعة ، او لدن اشفع ما يملكه شريكي اذا باعه ، او كان تنازله معلقا ، كما اذا قال شخص لآخر : اذا اشتريت نصيب شريكي في المقار الفلاني فلبن اشفعه منك . فان حقه في الشفعة لا يسقط بذلك . ويكون له الحق في الشفعة فيما اذا اشترى ذلك الشخص هذا النصيب .

كما انه اذا كان الشريك قد تنازل عن الشفعة قبل الشراء مقابل مال يدفعه له ذلك الشخص الذي تنازل له . كما لو قال شخص لآخر : انني اريد ان اشتري نصيب شريكك في المقار الفلاني . واخاف ان تشفعه مني . فقال له الشريك : اتنازل عن الشفعة ان دفعت لي الف درهم . فدفع له ذلك المبلغ . فان هذا التنازل لا يلزمه . ويجب عليه ان يرد المال لصاحبه ، وله ان يستعمل حقه في الشفعة عند ما يقع البيع ، ولا خلاف في هذا بين علماء المالكية ⁽¹⁾ وذلك لانه سلم ما لم يجب له (2) . اي تنازل عن حق لم يثبت له بعد .

وهذا يقول المالكية والشافعية ، واصحاب الراي ، وهو ظاهر مذهب الحنابلة ، لانه احد قولي الامام احمد .

ويسرى الظاهرية ان الشريك اذا تنازل عن الشفعة قبل بيع شريكه لنصيبه فان حقه في الشفعة يسقط بذلك (3) .

وهذا قال الامام احمد بن حنبل .

يقول ابن المنذر : اختلف فيه (اي في المنع عن الشفعة قبل البيع) عن احمد ، فقال مرة تبطل شفعتة ، وقال مرة لا تبطل (4) .

واحتج من تمسك بهذا القول ، بالحديث الذي رواه الامام مسلم وهو : (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم رمية او حاكك لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فاذا باع للمسلم يؤذنه فهو احق به) فان قوله وان شاء ترك تقتضي انه ان ترك فلا حق له في الشفعة حينما يبيع شريكه ما عرضه عليه . كما ان قوله : فان باع لم يؤذنه فهو احق به ، يفهم منه انه اذا باع بعد ان استأذن شريكه فلا حق لهذا الشريك في ان يشفعه .

فقد ذكر ابن حزم ان الشريك اذا اراد ان يبيع نصيبه ، فيجب عليه ان يرضه على شريكه فان اراد من شركته فيه الاخذ له بما اعطى فيه غيره فان الشريك احق به . وان لم يرضه فقد سقط حقه ، ولا قيام له بمعد ذلك اذا باعه من باعه (5) .

(1) الرهوني 268/6 وان كان ذكر في غنية المعاصر 288/1 ان المسألة فيها قولان .

(2) الزرقاني 184/6 .

(3) المحلل 82/9 .

(4) المغني 542/5 .

(5) المحلل 83/9 .

كما احتجوا بان الشفعة خلاف الاصل ، لانها تقتضي ان ينزع من المشتري ما اشتراه ويجبر على اخراجه من يده ، واذا كان له مبرر عند ما يشتري من غير اذن الشريك لانه يعتبر مقيما لهذا الشريك ، ويحكم على انه يمكن ان يكون قصد الضرر الاضطرار بالشريك ، حيث اشترى ما في شركته من غير اذنه ، فانه ليس هناك هذا الضرر عند ما يشتري الشخص النصيب في المقارب بعد ان يستأذن البائع شريكه في بيعه ويصرح عليه فلا يرغب فيه ويمنع عن شرائه ، فان في هذا التنازل دليلا على رضى الشريك بدخول شريك جديد عليه ، وعلى انه لا ضرر عليه من ذلك ، وحتى اذا كان هناك ضرره ، فانه هو الذي ادخله على نفسه ، لانهم كان في امكانه ان يشتريه عند ما عرضه على شريكه .

واجاب اصحاب القول الاول . فان من اسقط حقا قبل وجوبه لم يلزمه ، اما الحديث فيحتمل انه قصد ان يصف الامر على التامين ، وذلك بمحض الشريك يريد البيع على شريكه ذلك ليشتره منه مباشرة ، فلا يحتاج الى اجراءات الشفعية ، وهذا لا يعني انه اذا لم يشره منه فان شفخته تسقط بذلك (1) . كما ان الجمهور يرى ان قوله لا يحصل ، اي يكره فقط ، لان المكروه ليس بحل ، والدليل على ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : فاذا باع ولم يؤمنه . فلم يقل ان هذا حرام ، ولم يذم فاعلم . (2)

(2) اما اذا تنازل عن شفخته بعد انتقال الحصة الى المالك الجديد ، فليس ذلك يلزمه ، ولا يمكنه ان يطالب بعد بالشفعة ، سواء تنازل عن شفخته بمحض وايدونه . قال في الجواهر : اذا دفع المشتري للشفيع عوضا ، دراهم او غيرها ، على ترك الاخذ بالشفعة جائزه اخذها وتلكها ان كان ذلك بعد الشراء . فان كان قبله بطل ، ورد المال ، وكان على شفخته . (3)

ويرى الحنفية ان تنازل الشفيع عن الشفعة مقابل عوض ، يؤدي الى سقوط حقه فسيبي الشفعة ولكنه لا يستحق ذلك العوض ، وانما يلزم بده اذا كان قد توصل به ، لان حقيق الشفعة لا يندوان يكون مجبره حقيق في التملك ، فلا يجوز اخذ العوض عنه (4) .

ونشير الى ان العلامة التسولسي قد تسأل حول تنازل الشفيع عن شفخته للمشتري مقابل عوض هل يعتبر بيما ام لا . اي هل ان الشريك الذي تنازل عن شفخته مقابل مقدار من المال يعطيه له المشتري ، يعتبر كانه باع له ذلك النصيب من جديد بعد ان شفخته

(1) المننسي 542/5 .

(2) الحطاب 325/5 نقلا عن النوري .

(3) التسولسي 115/2 .

(4) فتح الممين 340/3 . والنداية 443/7 .

من يده ، أولا يعتبر تنازله هذا بيعا . ولهذا السؤال أهمية تتجلى فيما لو تبين بعد هذا التنازل ان ذلك النصيب معيب .

فان اعتبرنا ذلك التنازل بيعا ، كان لهذا المشتري ان يرجع على الشريك المتنازل بدرك هذا العيب ، لان البائع يتحمل ضمان العيب . ويؤيد هذا انه لو تبين للشريك المتنازل ان النقود التي دفعها له المشتري مقابل تنازله زائفة ، فان له الحق في ان يرجع عليه ليدفع له نقودا راجعة . فذلك يحق للمشتري ان يرجع على الشريك بدرك العيب الذي يجده فيما اشتراه .

وان لم نعتبره بيعا ، بان اعتبرناه مجرد رفع اليد عن الشفعة مقابل مال ، فلا يفتقر للمشتري الحق في الرجوع على هذا الشريك المتنازل بدرك العيب الذي يجده في النصب الذي اشتراه من شريك المتنازل (1) .

ولم يجب التسولي على هذا التساؤل . ولكننا نرجح ان هذا التنازل لا يعتبر بيعا . ولذلك لا يفتقر للمشتري فيما اذا وجد عيبا فيما اشتراه ، الا ان يرجع على من ياعه له . ولا يكون له الحق في ان يرجع على الشريك الذي تنازل له عن شفته .

النقطة الثانية :

تنازل احد الشركاء عن الشفعة .

اذا تعدد الشفع . كما اذا كان عقار ملوكا على الشياع لاربعة اشخاص ، لباع احدهم نصيبه فان الامر لا يخلو .

(1) ان يتنازلوا جميعا عن الشفعة ، فان هذا التنازل يلزمهم ، ويبقى ذلك النصب في يد المشتري . سواء كان تنازلهم عن الشفعة بصوص او بدونه .

(2) ان يتنازل بعضهم ، كما اذا تنازل احد الشركاء الثلاثة المستحقين للشفعة ، وبمسك الاخران بها . فان تنازل شريكهم لا يلزمهم ولا يسري في حقهم ، لانه يمكنهم ان يقولوا : اذا رخصت انت بهذا الشريك الجديد ، وتحملت الاضرار التي تنجم عن دخوله ، فان ذلك لا يمنعنا من المطالبة برفع هذا الضرر عنا (2) .

وان كان تنازل احد الشركاء عن الشفعة لا يلزم الباقيين ، ولا يؤدي الى سقوط حقهم . فكل لهذا الشريك المتنازل الحق في ان يطالب بالشفعة اذا طالب الشركاء الآخرون بها . اولا بحق له ذلك ، وبمضى آخر قبل ان تنازل الشريك عن حقه في الشفعة يلزمه وليسو طالب الشركاء الآخرون بالشفعة ، وان هذا التنازل لا يلزمه فيما اذا طالب شركاؤه بالشفعة .

(1) التسولي 116/2

(2) الرهوني 267/6 وذكر ان عدم سقوط حق الشركاء بتنازل احد هم هو الراجح والمشهور والمعتمد . وهذا يعني ان هنالك قبولا آخر بان تنازل احد الشركاء يلزم الباقيين .

فل يكون نصيب الشريك المتنازل للشركاء الآخرين او يبقى للمشتري .

أ - ف فيما يتعلق بالجواب عن السؤال الاول ، وهو هل يحق للشريك المتنازل ان يطالب الشفعة اذا طلبها باقي شركائه ولا يحق له ذلك . نذكر سره انه يجب ان نفرق بين ما اذا كان هذا الشريك قد تنازل بغير عوض ، وبين ما اذا كان قد حصل على مقابل لتنازله عن شفته .

(1) ف فيما اذا كان قد تنازل بدون اي عوض ، فان حقه في الشفعة يسقط ، ولا يبقى له اي حق في الشفعة ، ولو طالب بها باقي الشركاء .

(2) اما اذا تنازل عن الشفعة مقابل مبلغ من المال اخذه من المشفوع منه او من غيره (1) فهناك قولان حول ما اذا كان هذا التنازل يلزمه عندما يطالبه الشركاء الآخرون بالشفعة ، ولا يلزمه .

القول الاول : المشهور عند المالكية ان حق هذا التنازل يسقط ، ولو احتمل شركاؤه الآخرون الشفعة . اما المبلغ الذي حصل عليه الشريك مقابل تنازله فقد اختلف اصحاب هذا القول فيه .

أ - يرى ابن رشد ان ذلك المبلغ يضيع على المشفوع منه ، ولا يستطيع ان يطالب به لا الشريك الذي تنازل عن الشفعة ، ولا الشركاء الآخرون الذين شفعوها . ب - يرى ابن عرفة ان الاظهر انه يحق للمشفوع منه ان يرجع على الشريك المتنازل بما دفعه له مقابل تنازله ، ولانه دفع له هذا المبلغ لاجل ان يبقى ذلك النصيب بيده ، فلما شفعه الشركاء الآخرون ولم يتحقق غرضه الذي دفع المال من اجله ، فيحق له استرداده ، وذلك مثل من صالح شخصا عن شيئين مقابل مبلغ من المال ، ثم استحق من يده احدهما ، فيحق له ان يطالب بالصالح من نفسه بما يقابل ذلك الشيء مما دفعه له .

ج - ويرى ابن كوشر انه يجب على الشفيع ان يؤد بما للمشفوع منه المبلغ الذي دفعه مقابل تنازل شريكه عن شفته ، لان ذلك المبلغ يعتبر من المصاريف والتمن (2) ، وبهذا افتى ابو الحسين (3) .

القول الثاني : يرى ابن رشد ان للشريك المتنازل ان يطالب بالشفعة اذا طلبها شركاؤه الآخرون ولا تسقط شفته بتنازله عنها في هذه الحالة ، ويجب على هذا الشفيع ان يسدد للمشفوع منه ما دفعه له مقابل تنازله .

(1) الزرقاني 176/6 . (2) التسولي 116/2 نقلا عن المصنف . (3) الرهوني 268/6 وذكر ان ابا الحسن علة ذلك بان المبلغ الذي دفعه المشفوع منه لهذا المتنازل كان لشرا ان يبقى المالك في يده . بهذا تختلف عن الزيادة في الثمن التي يطعنها المشفوع منه للبائس مع ان الشفيع غير ملزم بدفعها للمشفوع منه لانها لا مقابل لها .

فهذا القول أخذ الشيخ مساره وغيره . ولكنه خلاف المشهور . كما ذكره
 أبو الحسن وغيره (1) . ولعل الرهوني هذا القول بان هناك فرقا بين من اسقط
 بغيره بدون عوض ، ومن اسقطها بموضع . ذلك ان الاول اسقط حقه وتنازل عنه بدون اي
 مقابل ، بينما كان تنازل الثاني مقيدا بحصوله على عوض . كما ان المشفع ضده ففسخ
 ذلك الصلح ليقضى له ما اشتراه ، فلما شفع من يده ، حسن له ان يطالب ذلك الشريك
 الشريك بما دفعه . كما يحق لهذا الشريك ان يعود الى حقه في الشفعة لانه لم
 يتنازل عن تنازله عنها . ولم يبق بيده المال الذي تنازل في مقابله عن الشفعة .
 وهكذا يتبين ان المذهب المالكي يسير على انه اذا تنازل بعض الشركاء عن
 حقه في الشفعة ، فان حقه يسقط بذلك سواء كان هذا التنازل بموضع او بدون
 ثانيا : وفيما يتعلق بالجواب على السؤال حول تغيير حصة المتنازل ، نشير
 ان الفقهاء اختلفوا حول تغيير حصة الشريك المتنازل ، هل يأخذها الشريك
 الذي لم يتنازل عن شفته ، او يقضى للمشتري . ووجه هذا الصدد ثلاثة اقوال عن
 المالكية .

(1) يرى اصبح وابن حبيب . انه يجب ان يفصل في ذلك بين الحالتين الاتيتين :
 أ - ان يكون المتنازل عن حصته قد قصد بذلك التنازل ترك نصيبه للمشتري ، وفي
 هذه الحالة يقضى ذلك النصيب لهذا المشتري ، ولا يحق للشفيع ان يشفع الا بقدر سهمه .
 ب - ان يكون المتنازل عن حصته قد كسر الشفعة ولم يرغب فيها ، وفي هذه الحالة
 يحق للشفيع الذي لم يتنازل عن شفته ، ان يشفع الجميع ، ولا يجب عليه ان يتنازل
 نصيبا للمشتري .

(2) يرى اللخمي ان الشريك الذي لم يتنازل لا يحق له ان يشفع الا على قدر
 نصيبه ، وليس له ان يشفع نصيب المتنازل ، وانما يقضى ذلك النصيب للمشتري .

(3) يرى ابن الحاجب : ان الشريك الذي لم يتنازل عن شفته ، يحق له ان يشفع
 جميع ما وقع عليه المقد ، ولا يجوز للمشتري ان يلزمه بان يشفع على قدر نصيبه فقط ، كما
 يجوز للشريك الذي لم يتنازل ان يلزم المشتري بان يمكنه من الشفعة على قدر نصيبه فقط (2) ،
 وفي ذلك ضرر بالمشتري ، لانه اشترى نصيب البائع كله ليحقق ضده غرضه ، واذا ارغم
 ان يتنازل عن بعض ذلك النصيب ، ويحتفظ ببعض الآخر ، فيفوت عليه الغرض
 الذي اشترى من اجله ذلك النصيب . كما ان في ارغام الشريك الذي لم يتنازل على الشفعة
 على قدر نصيبه ضررا به ، لانه سيكون ملزما بقبول الشريك الجديد ، مع ان الشفعة شرعت لرفع ضرر
 الشريك .

(1) التلويح 116/2 نقلا عن شرح الشامسي .

وهذا هو القول المشهور عند المالكية . وهو ظاهر المدونة والعنبرية .
 وهو قول الشافعي (1) والحنفية . بل ان ابن المنذر يقول في هذا الصدد : اجمع
 كل من اختلف عنه من اهل العلم على هذا (2) وان كان الحنفية المتأخرون يرون
 ان الحكم يختلف بحسب ما يلي :

(1) ان يتنازل بعض الشركاء عن حصة في الشفعة قبل ان يصدر الحكم بالشفعة ،
 وفي هذه الحالة يقضي للشريك الذي لم يتنازل بشفعة جميع ما وقع عليه المقسود ،
 ان تجزئة النصيب المفقود انما يلجأ اليها عند مزاحمة الشركاء عليه ، وبالمقتضى
 بالشفعة ، وقد انتهت هذه المزاحمة بتنازل بعض الشركاء ، فيحذف للباقي ان يرفع الجميع .
 (2) ان يتنازل بعض الشركاء عن حصة في الشفعة بعد صدور الحكم بالشفعة ،
 وفي هذه الحالة يحق للشريك الذي لم يتنازل ان ياخذ نصيب ذلك الشريك المتنازل ،
 وانما ياخذ النصيب الذي حكم له به " وهو المصافي لنصيبه " وليس له الحق في ان ياخذ
 نصيب المتنازل ، وانما يبقى للمشتري ، لان القضاء يقطع حق كل واحد منهم في نصيب
 الآخر (3) .

ونشير اخيرا الى انه تقدم لنا ان الشركاء اذا كان بعضهم اخص وبعضهم اعم ،
 فان الشريك الاخص يقدم على الاعم في الشفعة ، وان الشريك الاعم لا يستحق الشفعة
 الا اذا تنازل الشريك الاخص عن المبدأ (4) ونفهم من هذا ان الشريك الاخص اذا تنازل عن
 شفته ، فان ذلك التنازل لا يمنع الشريك الاعم من المطالبة بالشفعة (حسب ترتيب الاولوية
 المشار اليها هناك) لانه اذا اشتمل الشريك الاخص الشفعة ، فان الضرر الذي يمكن
 ان يلحق الشركاء من دخول الشريك الجدد عليهم يرتفع عنهم جميعا ، امما
 اذا تنازل ذلك الشريك الاخص عن الشفعة ، فان ذلك لا يبري على الشريك الاعم ، ولا يمكنه
 ان يحتج بانه كان احق بالشفعة من غيره ، فلذلك يمكنه ان يتنازل عن حقه لهذا المشتري ،
 ان من حق باقي الشركاء ان يقولوا : اذا رضيت انت بهذا الشريك والضرر الذي سببت
 الشفعة لازالته فلا نزعى به نحن ، فاذا لم تستعمل حقه في الشفعة اني ترفع عنها
 الضرر فاننا نستعمله لنرفع هذه الاضرار (5) .

(1) فتح الميزان : 482/11 .

(2) المتن : 527/5 .

(3) المقدمات : 63/1 .

(4) انظر صفحة : 180 .

(5) المقيد : 66/8 .

فإذا كان المشتري أحد الشركاء الآخرين ، كما لو فرضنا أن شخصا كان يملك
أراضيا ممتدة وتركها لورثته الذين هم زوجتان وثلاث بنات ، وثمان ، ثم باعت
بعض البنات نصيبها لآخرها ، فتنازلت اثنتان عن حصة في الحصة ، فحسم
حق للورثة الآخرين أن يشفعوا مع المشتري ، ولا يحق لهم ذلك .

يرى ابن حنبل أن استقامت البنت التي تستحق الحصة حقا لفائدة
نفسها المشتري ، بحيث تعتبر كأنها وهبتها حقا في الحصة ، فحق للورثة
الآخرين في الحصة . وأن سقطت حصة رغبة عن الحصة ، ولم تصد بذلك أن تعسب
هذا الحق لأختها ، فإن الورثة الآخرين يدخلون مع البنت المشتري في الحصة حسب
أصل الأولوية المشار إليها سابقا ، وحسب ما يملكه كل واحد من المستحقين
الحصة (1) .

النقطة الثالثة : اثبات التنازل .

إذا ادعى المشتري المفسوخ منه أن الشريك تنازل له عن حصة في الحصة ، فإن
له هذا الشريك بذلك ثبت التنازل ، وإن أنكر كان للمشتري أن يثبت هذا التنازل بكل
الطرق التي تثبت الحقوق المالية .

(1) فإن اثبتته بأحد من عدلين ، أو ما يقوم مقامهما من عدل واحد وامرأين ،
أو شهادة الليف ثبت أيضا هذا التنازل .

(2) وإن شهد له شريك ، أو اثنين ، يتنازل الشريك الآخر ، فإن الحكم كما يلي :

أ - إذا شهد أحد الشركاء بأن الشريك الآخر تنازل عن شفته ، فإن هذه
الشهادة تقبل إذا وقعت بعد تنازل هذا الشاهد عن حصة في الحصة ، لأنه لا مصلحة
له في هذه الشهادة حينئذ . أما إذا شهد بذلك قبل أن يتنازل عن شفته ، فلا
تقبل شهادته ، لأنه ينتفع بها ، لما ذكرنا من أن أحد الشركاء إذا تنازل
عن شفته فإن الآخر أن يشفع الجميع . فإذا تنازل بعد شهادته ثم أعاد تلك
الشهادة ، فلا تقبل أيضا ، لأنه يتهم على أنه تنازل عن شفته لتقبل شهادته التي ردت .

ب - وإذا شهد اثنان من الشركاء بتنازل شريكهما عن الحصة ، فإنه يطبق نفس
الحكم ، بحيث أن شهادة أحدهما تقبل إذا وقعت بعد تنازلهما عن الحصة ، ولا تقبل إذا وقعت
قبل ذلك . وإذا وقعت قبل تنازل أحدهما ، وبعد تنازل الآخر ، فإن شهادة المتنازل تقبل
وتسرد شهادة الآخر .

وإذا ثبت شهادة الزوجين بتنازل شريكهما عن الحصة ، فإن التنازل يثبت ، ولا يحتاج

إلى يمين المشتري إذا كان هذا الشريك عدلين . أما إذا قبلت شهادة شريك واحد أو كان الشريك
أو واحد منهما غير عدل ، فإنه من يمين المشتري حينئذ .

(3) إذا شهد شاهد اجنبي عدل بالتنازل ، او شهدت امرأتان عدلتان بذلك ، لا يكفي ذلك في ثبوت هذا التنازل ، وانما توجه اليه لتأكيد هذه الشهادة ، ونظرا الى ان هذه اليمين لا تتوجه الا على من يمتنع منها ، فيما للقاعدة الفقهية التي تقول بانه لا يخلف احد ليستحق غيره . فان هذه اليمين تارة توجه على المشتري ، وتارة توجه على الشريك الآخر .

أ - فان كان الشفيع واحدا ، وهو الذي شهد هذا الشاهد بالتنازل ، او كان الشريك اكثر من واحد ، وثبت تنازل الشركاء الآخرين بخلافهم او بشهادة اكثر من عدل ، فان اليمين توجه على المشتري لانه اذا حلف امر له ملك ما اشتراه .
 ب - وان كان الشفيع اكثر من واحد ، وشهد المشتري شاهد واحد بتنازل احدهم عن حقه في الشفعة ، واللب الآخر بالشفعة على اليمين توجه حينئذ على هذا الشريك الذي يدالب بالشفعة ، فان حلف سقط حق المحضوه عليه بناء على ما سبق ان ذكرناه ، ويكون لهذا الطالف ان يرفع وحده .

(4) اذا شهد البائع بتنازل شريكه عن الشفعة ، فهل تقبل هذه الشهادة ولا تقبل . يرى ابن قدامة انه اذا وقعت هذه الشهادة بعد تغير هذا البائع لجميع الثمن الذي وقسح المقدر عليه ، فان شهادته مقبولة ، اما اذا شهد بذلك قبل قبضه لذلك الثمن ففي ذلك وجهان .

احدهما : ان هذه الشهادة تقبل ، لان البائع لا حاجة له في هذه الشهادة ، مادام ان المشتري والشفيع معا هما من هذه ، ولا يتم على انه يريد ان ينفع المشتري بهذه الشهادة .

ثانيهما : انما لا تقبل ، لانه يتهم على انه شهد بهذه الشهادة ليسهل عليه الحصول على الثمن ، لان المشتري قد يكون مغسأ ، فيتعذر عليه الوفاء بالثمن سبب ذلك ، فاذا شهد البائع بتنازل الشفيع عن شفته ، امكنه ان يدالب بان يرد له ما باعه للمشتري . كما انه قد يكون شهد بهذه الشهادة لاجل ان ياخذ المشتري الثمن من الشفيع ، فيسهل على البائع الحصول على ذلك الثمن .

وهن الجلي ان ما علل به ابن قدامة هذا الوجه الثاني غير صحيح ، بل انما قلنا ، لان شهادة البائع بتنازل شريكه عن الشفعة تؤدي الى سقوط حق المشهود عليه في الشفعة ، ومعنى ذلك ان الجميع سيقس في ملك المشتري ، فكيف ياخذ هذا المشتري الثمن من الشريك مع انه حكم عليه بسقوط حقه في الشفعة ، كما ان القول بامان البائع يمكنه ان ينتفع بهذه الشهادة عن طريق مطالبة باسرجاع ما باعه بعد ثبوت على المشتري غير صحيح ، ولا فائدة فيه للبائع .

فهو غير صحيح ، لانه ليس للبائع ان يدالب بفسخ البيع او استرجاع المبيع فيما

إذا ثبت أن المشتري مقسّر بالثمن ، وإنما يكون أموة الفرماء ، إلا في حالة واحدة ، وهي ما يسمى بحق الحبس . وذلك عندما يكون البيع ما يزال في - البائع ، حيث يحق له أن يحبس ما إلى أن يقبض ثمنه .

ثم إنه لا فائدة للبائع في هذا الاسترجاع ، لأنه لم يبيع - إلا لرضيته في الثمن ، وإذا شهد بتنازل الشريك عن الشفعة من أجل اضطرار ما باعه ، لأن المشتري ليس ، فإنه لن يحصل على الثمن الذي يرغب فيه . في حين أنهما لم يشهد بهذا التنازل ، فإن الشريك سيمنع من يد المشتري الظاهر ، ومن البائع حينئذ الحصول على الثمن بكامل ماله ، ويستمر بواقعة ما سيدفعه إليه .

وهنا ينبغي أن يثبت أن تملك البائع بتنازل الشريك عن الشفعة ، لأنه لا حاجة له فيها ، إذ شهد قبل حوله على الثمن أو بغيره .

(5) إذا لم يثبت المشتري ما يعنيه من تنازل الشريك عن حقه في الشفعة ، فسيبان اليقين فتوجه على ذلك الشريك المكسور .

أ - فإن كان الشفيع واحداً وانكر أن يكون قد تنازل عن حقه ، فتوجه عليه يمين الإنكار ، فإن حلفها حكم له بالشفعة . وإن نكل عنها ، توجهت اليمين على المشتري المدعى للتنازل ، فإن حلف ثبت هذا التنازل ، وإن نكل عنها بدوره ، سقط دعوى التنازل .

ب - وإن كان الشريك أكثر من واحد ، وأدعى المشتري أنهم تنازلوا عن الشفعة ، ولم يثبت ذلك ، فإن يمين الإنكار توجه على كل من انكر . فإن كانا اثنين مثلاً حلفا ، وما بقي لهما الحق في الشفعة ، وإن نكل ، معا حلف المشتري وثبت تنازلهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر . ثبتت الشفعة ، والتي ادعاه التنازل . ثم إذا وافق هذا الشريك الحالف شريكه التاكيد على أنه لم يتنازل عن شفعته . فإن حق الشفعة يثبت لهما معا . أما إذا أنكر أن شريكه التنازل فعلاً عن الشفعة ، فإن حق الشفعة يثبت له وحده (1) . وذلك بعد أن يحلف مرة أخرى على أن شريكه هذا تنازل عن شفعته ، ولا تكفيه اليمين الأولى ، لأنه حلفنا على أنه لم يتنازل عن حقه في الشفعة ، فيجب أن يحلف مرة أخرى على أن - ركه تنازل وحيداً ، ثبت تنازل هذا الشريك بنكول - من اليمين ويمنع الشريك الذي ينبغي التنازل (من المصروف أن النكول يقتضي بمثابة الشما - للمدعى) .

(1) أصيل هذا البحث المتعلق بأشياء التنازل عن الشفعة فسيأتي المتخصص 522 / 5 .

النقطة الرابعة : تنازل الشريك عن الشفعة بعد طلبها .

إذا طالب الشريك شفعة نصيب شريكه الذي انتقل إلى مالك جديد بمعاوضة . أو إجاب عن الدعوى التي رفعها عليه هذا الشريك الجديد للتعرباب عن موقفه من الشفعة هل يستعملها أو يستأجرها . بأنه تقرر استكمال الشفعة . ثم بعد ذلك تنازل عن حقه في الشفعة في الحاليتين . وطلب من المشفوع منه أن يقبل منه هذا التنازل ، وأن يقلبه فسخ الشفعة .

فإن قبل المشفوع منه ذلك ، ورضي بأن يتمسك بالشقص موضوع الشفعة . فالأمر واضح ، يستلزم بذلك حتى ذلك الشريك المتنازل في الشفعة . الشريك
لأن لم يقبل المشفوع منه هذا التنازل ، وتمسك بالشفعة التي قرر استكمالها . وطلب أن يحكم على الشفع بأن يؤدي إليه ما صرفه بمناصفة حصوله على الشقص المشفوع . فسيان الحكم يختلف بحسب الحاليتين الاتيتين :

الحالة الأولى : أن يستعمل الشفع صيغة صريحة في الدلالة على أنه أخيه
للشقص بالشفعة . كما إذا قال : أخذت ذلك الشقص . أو شفعت له . أو قررت استكمال الشفعة .

أما إن إجاب المشفوع منه بما يفيد أنه يسلم له في الشفعة وطلب منه أن يؤدي له ما خرج من يده ، ولم يبد أي تحفظ في ذلك . فأجله القاضي لأضرار الثمن . ثم تراجع الشفع بمسك ذلك . وطلب من المشفوع منه أن يقلبه . فإنه لا يلزمه ذلك . ولا يجب عليه أن يقبل منه هذا التنازل ، ولذلك يلزم الشفع بأن يؤدي للمشفوع منه ما صرفه في ذلك الشقص . ولو أدى ذلك إلى بيع الشقص المشفوع والشقص الذي كان الشفع يملكه قبل الشفعة للحصول على ذلك المبلغ .

كما أنه لا يقبل من المشفوع منه في هذه الحالة أن يتمسك بالشقص فيما إذا لم يحضر الشفع الثمن خلال أجل المضروب له ما دام الشفع لم يمسك به (1)

وأما لم يلزم أحد الطرفين بأن يقبل الطرف الآخر في هذه الحالة لأنه ما دام الشفع يملك الشقص بالشفعة ، ولم يمسك به المشفوع منه ذلك يفرض تحفظ ، فقد تقرر وقوع بينهما عقد بيع تمام الشروط والأركان . ومعلوم أنه لا يرغب أحد الطرفين في المقسد على أن يقبل الطرف الآخر . وإنما يلزم تراضيهما على الأقلية .

ب - وإن سكنت المشفوع منه عند ما قرر الشفع استكمال حقه في الشفعة . ولم يقبل له سلكت . ثم أجل القاضي الشفع لأضرار الثمن ، فتراجع عن الشفعة .

المشروع منه يكون بالذيار بين ان يقبل هذا الشرايع ليحكم بسقوط حق الشفع في الشفعة
على الشفع للمشروع منه ، ومن ان يتحكم بالشفعة ويرفض اقالة الشفع ، وحينئذ يلزم
مع باء الثمن والمصاريف ، ولو أدى ذلك الى بيع ذلك الشفع على حسابه مع الشقص
في كان يملكه قبل الشفعة (1) .

ج - وان اجاب المشروع منه بما يدل على امتناعه من تكوينه من الشفعة ، ثم
الشفيع لاحضار الثمن ، فلم يحضر الثمن والسبب اقالته من الشفعة . فان القاضي
استوعب حقه في الشفعة (2) لان امتناع المشروع منه من تكوينه من الشفعة يستدل
على رغبته في الشقص وتبطله لتقاليد التي يطالبها الشفع .

الحالة الثانية : ان يستعمل الشفع صيغة غير صريحة في الدلالة على اخذ بالشفعة
كـ : حتى ما أخذ بالشفعة ، او انما أخذ بالشفعة ، او أخذها (بصيغة المضارع) او يقول
في حقه : اطلب من المشتري ان يعطيني على عقد الشراء لا يلزم على الثمن لأشفع .
ثم يؤجل لاحضار الثمن فاد يحضره ، ويطلب من المشروع منه ان يقبله في الشفعة ، وقد
اختلف الصائغة في حكم هذه الحالة ، فمنهم من يرى انه يحكم بسقوط حق ذلك الشريك
في الشفعة . الا اذا اتفق الطرفان على امضاء الشفعة مع تاخير الشفع بالثمن الى ان
يقدر على دفعه للمشروع منه .

وقال ابن القاسم واشيب : يحق للمشروع منه في هذه الحالة ايضا ان يلزم
الشفيع بالشفعة ، ويلزمه حينئذ ان يؤدي له الثمن ولو يبيع هذا الشقص على حسابه مع
الشقص الذي كان يملكه (3) .

وقد علق ابن رشد على هذا الخلاف بان القول الاول ابيّن (4) . ولعل السبب
في ترجيحه لهذا القول يرجع الى ان الشفع لما لم يستعمل صيغة صريحة
في الدلالة على انه اخذ بالشفعة . يعتبر ان ما صدر منه لا يعد وان يكون وهذا
استعماله لحق الشفعة ، والوعد غير ملزم . ولذلك لا يمكن الحكم
عليه بل يلزم الشفعة .

(1) الرغونيسي 294/6 .

(2) الزرقاني 186/6 .

(3 و 4) الرغونيسي 294/6 نقلاً عن ابن رشد .

النقطة الخامسة : التنازل عن الشفعة لسبب غير حقيقي .

بعد ان تكلمنا على احكام تنازل الشريك الشريك عن الشفعة . واربعة اثبات هذا التنازل . وتبين لنا مما سبق ان الشريك اذا علم بانتقال نصيب شريكه الى مالك جديد ولم بهذا الشخص الذي انتقل المالك اليه ، والمؤخر الذي دفعه هذا المالك الجديد ، ثم تنازل عن حقه في الشفعة ، فان هذا التنازل يلزمه ولا يحق له ان يطالب بالشفعة بمسلك ذلك .

ونشير هنا الى ان الشريك اذا تنازل عن حقه في الشفعة لسبب ما ، ثم تبين ان هذا السبب غير حقيقي ، فان حقه في الشفعة لا يسقط ، وانما يكون له الحق في المطالبة بالشفعة بعد ان تبين له حقيقة الامر ، ولو بعد عدة سنوات من انتقال المالك الى الشريك الجديد . ومن الاسباب التي تبيح للشريك الرجوع في تنازله عن الشفعة ما يلي :

(1) الكذب على الشريك : اذا تنازل الشريك عن الشفعة بعد ان كذب عليه البائع او المشتري او من له علاقة باحدهما في الثمن ، كان يذكر له مخلصا زائدا على الثمن الحقيقي ، ولو بزيادة قليلة ، او يذكر له انه اشتراه بنقود ، فتبين انه اشتراه بمروءة والعكس⁽¹⁾ او كذب عليه في شروط البيع ، كان يذكر ان البيع وقع بثمن معجل في حين انسه وقع بثمن مؤجل ، سواء ذكر الثمن الحقيقي او اقل منه او اكثر منه⁽²⁾ . فحق اطلع الشريك على حقيقة الامر ، كان له الحق في ان يطالب بالشفعة بعد ان ثبت ذلك الكذب . والظاهر انه لا يكلف بان يحلف على انه لم يسقط شفحته الا بسبب ذلك الكذب ، لان عذره ظاهر وينبغي ان يكون هو السبب في تنازله⁽³⁾ .

وهنا قال المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية . وقال ابن ابي ليلى : ان شفحته تسقط بذلك لانه سلم ورشيس⁽⁴⁾ .

واذا اخفى المشتري الثمن الحقيقي وقنع به العقد على الشريك ولم يتمكن هذا الشريك من الاطلاع عليه ، وتنازل عن شفحته بسبب ذلك ، ثم ادعى بعد ذلك على الثمن الحقيقي ، فانما تام بالشفعة بعد مدة يسيرة من علمه بشفحته . اما اذا لم يقد الا بعد مدة طويلة فانه لا يستحق الشفعة ، ولا يقبل اعتذاره حينئذ . بانه اسقط الشفعة لجهله للثمن⁽⁵⁾ . (2) الكذب في الشقص : اذا كان شخصان شريكين في عقارين مختلفين ، فباع احدهما نصيبه في احد العقارين ، ثم كذب البائع او المشتري او من له علاقة باحدهما في الشقص

(1) المغني 481/5

(2) الزرقاني 183/6

(3) التسولي 111/2 وذكر : ان هناك قولاً في الحنابلة بان هذا الشريك يحلف على ما يدعيه من ان تنازله عن الشفعة كان بسبب ذلك الكذب .

(4) المغني 481/5

(5) الزرقاني 183/6

البيع ، بان ذكر له ان البيع وقع على الشقة الآخر ، فاسقط الشريك حقه في الشقة بسبب ذلك ، ثم اطلع على حقيقة الامر فان حقه في الشقة لا يسقط بذلك التنازل .

(3) الكذب في شفيع المشتري . كما اذا ذكر للشريك ان المشتري هو فلان فاسقط شفيعته بسبب ذلك ، ثم علم ان المشتري شخص آخر ، فان حقه في الشقة لا يسقط (1) .

وكذلك اذا ذكر له ان الذي اشتراه هو فلان فتبين ان ذلك الشخص اشتراه لغيره ، او ذكر للشريك ان فلانا اشتراه فلان فتبين انه اشتراه لنفسه او لشخص آخر غير المذكور . فان شفيعته التي تنازل عنها لا تسقط ، لانه من الممكن ان يكون قد تنازل عنها لرشاه بشركة الشخص الذي ذكر له ، ولا يلزمه ان يرضى بشركة الشخص الآخر الذي تبين انه هو الشريك الحقيقي (2) .

(4) الكذب في عدد المذترين . كما اذا ذكر للشريك ان المشتري ثلاثة اشخاص ، فتنازل عن شفيعته ، لان له مصلحة في ان يتعد شركاؤه ، ثم تبين ان المشتري شخص واحد او الفكس ، بحيث انشتر الشريك بان المشتري شخص واحد ، فتنازل عن شفيعته لانه لم يخرجها في دخول شريك واحد ، ثم تبين ان المشتري ثلاثة اشخاص ، فان له الحق في شفيعته (3) .

وكذلك اذا ذكر المشتري انه اشترى الشقة وحده ، ثم تبين انه اشتراه في شركة غيره ، او العكس ، فان شفيعته لا تسقط بتنازله عنها لهذا السبب .

الى غير ذلك من الاسباب التي تدفع الشريك الى التنازل عن الشقة ، ثم يتجلى ان الامر يختلف ما اغيره به الشريك . كما اذا اخبر ان المشتري اشترى الشقة كله بثمن ، فتبين انه اشترى نصفه بنصف ذلك الثمن ، او العكس .

ومعبارة أوضح ان الشريك يستحق الشقة كلها تبين ان تنازله عن الشقة كان بسبب غير حقيقي . وكذلك لا يسقط حق الشريك في الشقة اذا احتال الطرفان او المشتري على اسقاط حق الشريك . ومن ثمة لو كان شخص شريكا في ارض تسقى بماء مشترك ايضا . فباع شريكه نصيبه في الارض دون الماء ، ثم بعد ذلك باع ذلك الشريك الذي باع نصيبه في الارض نصيبه في الماء لنفس المشتري ، فلان الشريك الذي تنازل عن حقه في شقة الارض لا يلزمه ذلك التنازل ، ويمكنه ان يشفع كلا من الارض والماء ، لان الارفين يتهمان على انهما عمدا الى هذه الحيلة ليدفعهما الشريك الى التنازل عن حقه في الشقة (5) .

(1) الزرقاني 183/6

(2) المغني 481/5

(3) الزرقاني 183/6

(4) المغني 481/5

(5) الرهوني 259/6 نقلا عن تبصرة الخصي .

الفصل الخامس

احكام مفرقة

نتكلم في هذا الفصل على بعض الاحكام المتعلقة بالشفعة ، والتي لاتصل بالاحكام السابقة . وهذه الاحكام تتعلق بالمواضيع الآتية .

- (1) اختلاف الشفعين والشفوع منسوبة .
 - (2) غيبة الشفعين او المشفوع منسوبة .
 - (3) تعدد الشفعين والشفوع منه ، والباثني .
 - (4) على من يقع الشمان في الشفعية .
 - (5) متى يملك الشفعين الشفعين المشفوعين .
 - (6) مبررات حقيق الشفعية .
- ونتكلم على هذه الاحكام في محثمين .

المبحث الاول

اختلاف المشفوع منه والشفيع .

عرفنا ان الشريك يستحق شفعة نصيبه في الشركة الذي ينتقل الى مالك جديد يقتني الشركة معاوضة .

وتبين لنا ان هذا الشريك لا يحكم له بالشفعة فعلا الا اذا توفرت له

موجباتها التي هي :

- (1) ان يكون مالكا على الشياع في العقار موضوع الشفعة ، (2) ان ينتقل النصيب الذي يطالب بشفعته الى المشفوع منه بناء على معاوضة من بيع او غيره ، (3) ان يطالب بهذه الشفعة داخل الاجل المحدد .

وعرفنا ان الشريك الذي يطالب بالشفعة هو الذي يقسم عليه عبء اثبات شركته على الشياع ، وانتقال الملك الى المشفوع منه . وانه لا يكفي في ذلك اعتراف الدعي عليه . المشفوع منه بانتقال الملك اليه فعلا . لان ذلك قد يؤدي الى المساس بحقوق الآخرين . اما فيما يتعلق بان يكون الطالب للشفعة داخل الاجل المحدد ، فانه لما كان هذا الاجل يبتدىء من يوم علم الشريك بانتقال الشفعين الى المشفوع منه ، فانه يكفي ان يذكر انه قام بطلب الشفعة داخل هذا الاجل ، ويفترض انه صادق في ادعائه (1) ، وعلى مسن يدعي غير ذلك ان يثبت .

(1) ويحق للمشفوع منه ان يطلب من الشريك ان يحلف على انه لم يعلم بالمعاوضة الا في الوقت الذي يدعيه .

ومن هذا كله يتبين انه بفلسب ان يثور نزاع بين الشريك الذي يطلب الشفعة وبين المشفوع منه الذي يراء نزع الشقص من يده . اذا ان هذا المشفوع منه يريد ان يتوصل الى الحكم بعدم استحقاق المدعى لما يطلبه من الشفعة . فينازع في وجود الشروط التي يجب توفرها للحكم بالشفعة ، ولا تثار اية مشكلة عندما تكون هناك بينة تثبت بما يدعيه احد الطرفين ، اذا ان من ثبت دعواه بالحجة المقبولة يحكم له ونسحق ما في حجته ويقدم قوله على قول خصمه الذي لا يعضد ادعاه باية حجة او يقدم حجة لا تقوى على ماثضة الحجة المقابلة . لكن المشكلة تثار عندما يقع الخلاف بين الطرفين ولا يعضد اي واحد منهما دعواه بحجة مقبولة ، اذ نحتاج حينئذ الى معرفة كيف يفصل في هذا النزاع ومن بين الطرفين يكون قوله مقدما على غيره . ولمعرفة هذه القواعد التي تؤدي الى نفي هذا الخلاف . نشير اولا الى ان الطرفين يمكن ان يختلفا في نقطة او اكثر من النقاط الآتية :

- (1) حصول الشركة والشراكة .
- (2) حصول الشراء او الماوضة . (3) حول الاجل
- (4) حول الشفعة .

اولا : فيما يتعلق باختلاف الطرفين حول الشركة . نذكر انه نظرا الى ما سبق ان عرفنا من انه يجب على طالب الشفعة ان يثبت انه شريك على الشياخ في المقار موضوع طلب الشفعة . وانه اذا لم يثبت ذلك لم يحكم له بالشفعة ولو اقر له المشفوع منه بهذه الشركة ، فان الخلاف الذي ينشور ان يقوم بين الطرفين حول هذا الموضوع هو ان يدعي المشفوع منه - حينما يثبت الشفيع الشركة والشياخ - ان قسمة بتية قد تمت بين الشركاء في المقار قبل ان ينتقل اليه ما يطلب الشفيع شفيعته . وان الشركة التي اثبتتها المدعى لم تبقى مستمرة الى حين وقوع الماوضة . بمعنى ان المشفوع منه يجهل عن دعوى الشفعة بان ما انتقل اليه كان مفزرا له حدود معينة ضمانية . وهذا الجزر هو الذي انتقل الى المشفوع منه بمقتضى الماوضة التي قام الشفيع اثرها بالسبب الشفعية .

ومعلوم انه يجب على المشفوع منه ان يثبت هذه القسمة البتية التي يدعيها ، وله ان يثبت ذلك باية حجة تدل على وقوع المقاسمة البتية ، كان يدلي برسم المقاسمة الذي اقيم عند اجرائها والذي ينص على شهادة عدلين بحضورهما عنده المقاسمة التي جرت بين الملاك في المقار والتي تعين بمقتضاها لكل شريك جزر معين منه بحده . او نسخة حكم يقضى بانهاء الشركة واجراء مقاسمة بين الملاك مع حضور التنفيذ الذي يتلوه اجراء المقاسمة فعلا . واما شهادة عدلين يشهدان بوقوع هذه القسمة البتية بين الشركاء في ذلك المقار واصبح لكل واحد منهم على اثرها جزر معلوم مفزر بحده وده الى هي كذا : ولما به دلالة لبقية تتضمن معرفة شخوصها بموضوع هذه المقاسمة .

فإن لم يثبت المشفوع منه هذه القسمة البتة بحجة مقبولة ، وانقر عيسى
 الدعا بأنه اشترى شيئاً مقسوماً . فإن ذلك لا يقبل ضمه ولا يكلف الشفيع بإثبات الشركة
 (التي اثبتنا) بقيمت مستمرة إلى أن انتقل الشقص إلى المشفوع منه ، لأن هناك استعصى
 بأن الأصل هو الاستصحاب بقاء ما كان على ما كان ، وثابت هذه القاعدة في
 أن الشركة التي اثبتها الشفيع بقيمت مستمرة إلى حين انتقال الملك إلى المشفوع (1) .
 ثانياً : وفيما يتعلق بالخلاف حول المعاوضة . فقد عرفنا أن مطلب النسبة
 يجب عليه أن يثبت انتقال الملك إلى المشفوع منه بمعاوضة . وأنه إذا لم يثبت ذلك
 نأخذ بحكم له بالشفعة ولو اقر له المدعى عليه بأنه انتقل الملك إليه نصديقه .
 ولذلك فإن الخلاف الذي يمكن أن يشور في هذا الصدد بين طالب الشفعة والمشفوع
 هو عند ما يوجب شخص لا آخر نصيباً في عقار وحكمه أنه لا يرجع إلى ما في ذلك آخر عوى
 عند الموهوب له يذكر فيها أن عقد الهبة صوري يخفي وراءه معاوضة وانتهى عسداً
 إلى هذه الضرورة ليمتصها من الشفعة . وأنه يدالب الحكم له بأن نفة بناءً على المعاوضة
 المشفوعة ، بينما يتمسك المدعى عليه بالهبة الثلاثة .

وقد سبق لنا أن الذكرى يحكم له بالشفعة في حالتين :

- (1) أن اثبت الضرورية التي يدعيها المضمحل .
 - (2) أن اثبت أن الناس يكثرون من اللجوء إلى هذه الضرورية لصعوبة الشفعة (2) .
- فإن لم يثبت شيئاً من ذلك وتمسك بالضرورية فيصاحبه المدعى عليه بالتمسك
 بالآخر . فقد سبق لنا أن اليمين تتوجه على هذا المدعى عليه الموهوب له سواء كان ممن
 ينهم بالقيام بالضرورية أو لم يكن ممن ينهم بذلك . فإن حلف على أن المقدد الأصغر
 لا يشكل أية ضرورة ، وأنه تلقى ذلك الشقص هبة ولم يدفع فيه أي عوض . سقطت
 دعوى الشريك ولم يحكم له بالشفعة . وإن لم يحلف على ذلك حكم له بالنفة من غير أن يكلف
 بأن يحلف بظهوره على أن المضمحل الآخر صوري .

ولا تتوجه اليمين على الشريك المتبرع ، لأنه لا يحلف أحد لاحتساق غيره (3) .

ثالثاً : وفي ما يتعلق بالشفعة حول الأجل . فقد سبق أن الأجل الذي يحق
 للشريك أن يطالب خلاله الشفعة يقدر بشهرين من تاريخ العقد أن حرر الشريك المعاملة .
 إلا فخلال سنة تبتدى من تاريخ علمه بالمعاوضة ، أو من تاريخ زوال مانع الذي ضعه من
 الشفعة .

فإن قام الشريك بطلب الشفعة فادعى المشفوع منه أن هذا الطلب وقع خارج الأجل
 المذكور . فإن اثبت ذلك فعلاً . كما إذا اثبت أن الشفيع حرر المعاملة ، ولم يقم بالتسبب
 الشفعة إلا بعد مرور شهرين . أو اثبت علم الشفيع بالمعاملة منذ أكثر من سنة على رفع دعوى الشفعة .

(1) الشولي 165/21 نقلاً عن التهمة . وشية المحاضر 208/1 نقلاً عن الخصم .

(2) انظر صفحة : 114 .

(3) القبول في الخصم 115/2 .

أثبت أن الطابع الذي كان يمنع الشريك من طلب الشفعة قد ارتفع عندما يزعم
على سنة عن تاريخ طلبه للشفعة . فان دعوى الشفعة تلتحق بدعوى .

وان لم يثبت شيئا من ذلك ، وانحصر على ادعائه ان اجل الشفعة قد انقضى
قبيل رفع الدعوى . واضر المدعى على انه طلب الشفعة داخل سنة من علمه
بالموافقة او داخل سنة من زوال الصانع ، فان الشفع يصديق بيمينه . ولا يقبل قس
المفوض منه ، لانه يدعي شيئا يوذي الحق المستحق . الحق الثابت للبيع (1) .

رابعاً : وفيما يتعلق بالخصلاف حول الثمن فقد علمنا ان الدعوى هو الكلف يقتضيه
الموافقة التي انتقل بها الشققي الى المفوض منه ، ولا تثور اية مشكلة مما يثبت
ان الشققي المفوض انتقل الى المفوض منه بموافقة غير البيع ، لان البيع يكون طوعاً
باداء قيمة الشيء المفوض او قيمة الشيء الذي دفعه المفوض منه مقابل الحصول على الشقة
اذ ان القاضي سيعين خبيراً او اكثر لتقدير هذه القيمة وتحديد ما يحكم على المفوض
بان يؤدى منها للمفوض منه . ولا مجال للخلاف بين الطرفين في هذه الحالة .

كما انه لا تثور اية صعوبة عند ما يثبت البيع بيمينه كراشمن الذي دفعه المفوض منه مقابل
حصوله على ذلك الثمن . فان القاضي سيحكم بهذا الثمن سواء وان المفوض منه على انه هو
التمن الحقيقي او ادعى غير ذلك ، ما دام لم يثبت ادعاءه هذا بحجة اتى من حجة اخرى .
وكذلك الامر عند ما يعين المفوض منه الثمن الذي اداه بمناصفة حصوله على
التمن ، ويوافق الشفع على ذلك الثمن .

لكن المشكلة تثور عند ما يثبت الشفع شراء المفوض منه بيمينه لا تذكر الثمن
الذي وقع به البيع ، فيذكر الشفع ان الثمن هو كذا ، ولا يوافق المشتري على ذلك .
او يذكر المشتري ثماً معيناً ولا يوافق الشفع عليه . ولا تكون الادعاء بينة على ذلك .
او تكون لكل منهما بينة على مبلغ الثمن الذي دفعه ، وتتكاثر البيتان بحيث لا تكسبون
احد منهما ما يرجحهما على الاخرى . او ياتى المفوض منه بيمينه تحت له بالمبلغ الذي
يدعي انه صرفه بمناصفة حصوله على الشققي المفوض ، فيتهم الشفع المدعى منه بانه يمكن
ان يكون زاد في ذلك المبلغ من غير ان ياتى بما يؤيد هذا الاتهام ، فما هو الثمن السلي
يؤدى به الشفع منه في هذه الحالات .

كما انه يمكن ان يحصل الخلاف حول الثمن بين البائع والمشتري . كما اذا اشترى شخص
نصيباً في عقار من احد الشركاء ، ثم وقع بينهما خلاف حول الثمن الذي وقع عليه العقد ،
كان يذكر البائع ان الثمن عشرة آلاف درهم ، ويذكر المشتري انه سبعة آلاف فقط . ثم
يتطلب الشفع بالشفعة فهل يؤيد هذا الخلاف على حق هذا الشريك في الشفعة .
او لا ؟ وما هو الثمن الذي يؤدى به في هذه الحالة ان حكم له بالشفعة .

ونتكلم على احكام هذه الحالات في السنين التاليتين :
القاعدة الاولى : التمسك بالبيع - النوع منه حصول الثمن .

عندما يتلف البيع والم نوع منه ~~حصول~~ الثمن الذي وقع به البيع ، فان الاحكام التي تنطبق على الاتيئة :

اولا : اذا لم تكن لاحدهما بينة على يدعيه من الثمن . كما اذا اثبتت الشفيع شراء المدعى عليه لا حق بيمينه لا تصحف الثمن . فذكر الشفيع ان الثمن هو كذا - (عشرة آلاف درهم) - واقره المشتري انه ذكر ان الثمن هو خمسة عشر ألف درهم مثلا) - ولم يثبت احدهما بيمينه .
 أما في حال كان الثمن الذي يدعيه المشتري خواتم يثبته ان يكون ثمنه لذلك الشقة بحيث يكون ذلك الشقة مما يمكن ان يدفع اي شخص عادي في سبيل الحصول عليه بنفسه ذلك المبلغ الذي عينه المفاوض منه . فان المشتري يصدق فيما يدعيه حينئذ ، ويحكم على الشفيع بان يؤدى المبلغ الذي ذكره المشتري انه عرفه (وهو خمسة عشر ألف درهم في مثالنا) ولا يحتاج هذا النوع من هذه الحالة الى يمين لتاكيد مسما يدعيه الا في السورتين الاتيتين :

الاولى : ان يذكر الشفيع بعض الظروف التي تؤيد دعواه ، كان يقول : انني حضرت مع البيع الذي ابرم بين المفاوض منه وشريكى السابق . وعلقت هناك ان الثمن هو ما اذكسره لاما يذكره هذا المفاوض به .

الثانية : ان يكون المشتري المفاوض منه ممن يتهم على ان يكون زاه في الثمن فني التمسك بالسورتين يلزم ان يقر به بان يحلف على ان الثمن الذي يذكره هو الثمن الحقيقي الذي وقع به البيع (1) .

باء اذا كان الثمن الذي يذكره الشفيع هو الثمن العادي لذلك الشقة . لئلا الثمن الذي يذكره المفاوض منه اكثر من الثمن الذي يمكن ان يدفعه الشخص العادي للحصول عليه . فحينئذ يكون الشفيع صدقا في ذلك بيمينه . بحيث يحكم عليه بان يؤدى للمفاوض منه ذلك المبلغ الذي يدعيه هو (اي الدفع) ان حلف على انه هو الثمن الحقيقي الذي وقع عليه العقد .

نعم اذا احاطت بان مشتري ظروف تدعيه الى ان يدفع الثمن الذي ذكره ولو كتمان ظاهرا وذلك مشل ما ورد عن ابن التام . من انه اذا كان المفاوض منه مشل هؤلاء الملوك يرغب احدهم في ائدار الحقيقة بآره فيثبته . اي يدفع له ثمنه عاليا ليدفع الشريك الى التنازل عن نصيبه . فانه يصدق بيمينه (2) ومشل ذلك ايضا ما اذا كان

(1) الزرقاني 192/6

(2) الحطاب 332/5 والرهوني 305/6

المشتري يرغب في جميع انصبة شركائه. فصار يتربى سم باببيع من مالغ عالمة . فانه يصدق فيصا
يدفعه من الثمن بيمينه .

ج - اذا ذكر كل من المشتري والمبيع ثمناً . فليس ثمناً . فانه ان يكون هو الثمن الذي وقع
بها العقد . كما لو فرضنا ان المشتري ذكر ان له دفع فيسوي الف درهم . بينما ذكر الشريك
الشفيع ان الثمن الذي وقع عليه العقد هو طرية الانعيم . في حين ان الثمن المادي
للشفيع هو اثنا عشر الف درهم .

وقد اختلف العلماء في الملكية حول الحكم الذي يطبق في هذه الحالة :

(1) يرى اشهبان المشفوع منه اذا ذكر ثمناً . فانه ان يكون الثمن الحقيقي للشفيع
والقبول قولهم بيمينه .

(2) يرى ابن حبيب ان الشفيع اذا ذكر ثمناً . فانه ان يكون الثمن الحقيقي
للشفيع فان علس الشفيع ان يؤدى القيمة التي كان المقرطياً يوم الخراء . سواء كان المبلغ الذي
بمنه الشريك المشفوع منه ثمناً عادياً للشفيع او لا .

(3) يرى ابن القاسم انه اذا وقع خفيين الشفيع والشفيع منه حصول الثمن . وذكر
كل واحد منهما ثمناً لا يشبه ان يكون الثمن الحقيقي للشفيع . فانه يحكم على كل واحد
منهما بان يحلف على ما يدعيه . فان لنا حكام على الشفيع بان يؤدى للمشفوع
منه القيمة التي كان المقرطياً يوم وقوع البيع (1) . وان نكل احدهما وحلف
الاخر حكم على الشفيع بان يؤدى ما وقع اليمن عليه . وهذا هو المتمد (2) . وهو
الذي يجب الاقتصار عليه (3) .

ثانياً : اذا اتى كل واحد منهما بيمينه على ما يدعيه من الثمن . وكانت
اليمينتان في درجة واحدة من العدالة . ولا ترجح احدهما على الاخرى .
أ - وان كانتا مختلفتين في التاريخ . بحيث شهدت بينة المشتري بان البيع وقع
في تاريخ كذا بثمن كذا . وذكرت بينة الشفيع ان البيع وقع في تاريخ آخر
(سابق او متأخر) بثمن اقل . فان الملكية يرون ان بينة الشفيع اذا كانت عدلة تقسم
على بينة المشفوع منه ولو كانت اعدل من بينة الشفيع . بحيث لا يلزم الشفيع الا بقاء
ما شهدت به بينته . لانه لو كانت بينة الشفيع قد شهدت بوقوع البيع في تاريخ سابق على
التاريخ الذي شهدت به بينة المشتري . فان الزيادة في الثمن التي ذكرتها هذه البينة
تعتبر قد وقعت بعد عقد البيع . وقد سبق لنا ان المشتري اذا زاد شيئاً للبائع من الثمن
فان الشفيع لا يلزم بان يؤدى للمشفوع منه هذا الزائد (4)

(1) الزرقاني 192/6 .

(2) الزرقاني 192/6 .

(3) التسولي 116/2 .

(4) انظر صفحته : 132 .

وان كانت قد شهدت بوقوع البيع في تاريخ متأخر عن التاريخ الذي شهدت به بينة المشتري فان النقص من الثمن الذي ذكرته بينة الشفيح يعتبر ونقصا من الثمن الاول الذي ذكرته بينة المشتري (1) . وقد سبق لنا ان البائع اذا حط عن المشتري شيئا من الثمن ، فانه يحط عن الشفيح ايضا الا اذا كان البائع قد وهب للمشتري ذلك الجزء الذي حط به عنه ولم يكن الباقي بمقدار الحط يشبهه ان يكون ثمنيا عاديا للشفيح (2) .

ب - وان كانت البينتان معا شهدتا بوقوع البيع في تاريخ واحد ولكنهما اختلفتا في الثمن الذي وقع به البيع . فقد اختلف اصحاب المال في حكم هذه الحالة . (1) يرى ابن القاسم ان البينتين معا تسقطان . بحيث يعتبر كما لو كانا اثنان لا بينة لاحدهما . وطهريق حينئذ الحكم الجمار اليه في الحالة السابقة . (2) يرى اذهب وسحنون ان بينة المشتري تقدم على بينة الشفيح لانها زادت علما على بينة الشفيح (3) . ومعنى ذلك ان بينة المشتري لا تعتبر مناقضة لبينة الشفيح وانما تعتبر انها شهدت بشيء زائد على ما شهدت به بينة الشفيح . ومعلوم ان زيادة العدل تحصيل .

ويمكن تلخيص رأي الحنفية فيما يتعلق باختلاف الشفيح مع المشتري حول الثمن فيط يلي : (1) اذا اختلفا حول جنس الثمن ، كما اذا ذكر المشتري انه اشترى الشقص بمائة دينار ، وذكر الشفيح ان الثمن هو الف درهم ، فان المشتري يصدق بيمينه - اذا لم تكن لاحدهما بينة - لان المشتري اعرف بما اشترى به ذلك المقدار . (2) اذا اختلفا حول قدر الثمن ، كما اذا قال المشتري ان الثمن الف درهم ، وذكر الشفيح ان الثمن الف درهم .

أ - فان اتى احدهما ببينة حكم له بمقتضى المال . ب - وان اتى كل منهما ببينة ، قدمت بينة المشتري عند ابي حنيفة ، لانها زادت على ما ذكرته بينة الشفيح . ويرى ابو يوسف ان بينة الشفيح هي التي تقدم . ج - واذا لم يات احدهما ببينة ، صدق المشتري بيمينه . اما الشافعية فيرون انه اذا اختلف الشفيح والمشتري حول قدر الثمن ، قال قول قول المشتري ، لانه اعلم من الشفيح بالعقد الذي باع به (4) .

(1) الرهوني 304/6

(2) ان الشافعية صفح 132 .

(3) الرهوني 304/6

(4) فتح الباز 471/11

ثالثا : اذا اتهم الشفيع المشفوع منه بانه زاد في الثمن ، اذا اثبت المشتري انه دفع في الشقص ثمنا معيناً ، او اثبت الشفيع شراء المشفوع منه بواسطة الاثبات به بمقد البيع الذي ينص على الثمن . فاتهم الشفيع المشفوع منه ان ذلك الثمن المذكور في المقد او الذي اثبت المشفوع منه انه اداه ليس هو الثمن الحقيقي ، وانه يشك في ان يكون الثمن الظاهر يخفي في الحقيقة بالباطن ثمنا اقل . من غير ان يذكر الشفيع مبلغا معينا ، وانما يكتفي بالادعاء بان الثمن الحقيقي كمن ان يكون اقل من الثمن الظاهر . ويطلب لذلك توجيه اليمين على المشفوع منه على ان الثمن المذكور في رسم البيع او الذي اثبت المشفوع منه هو الثمن الحقيقي . فمسل جناب لطلبه وتوجه اليمين على هذا المشفوع منه او لا توجهه .

اختلف فقهاء المالكية في هذا الموضوع .

(1) يرى كثير من الفقهاء المتقدمين ان هذه اليمين لا توجه على المشفوع منه بمجرد التهمة . وانما توجه عليه اذا ذكر الشفيع ان الثمن الحقيقي الذي وقع به المبيع هو كذا وكان اقل من الثمن المذكور في المقد .

(2) يرى الفقهاء المتأخرون ان اليمين تتوجه على المشفوع عليه بمجرد اتهامه من طرف الشفيع على ان الثمن الظاهر ليس هو الثمن الحقيقي . بحيث يلزمه ان يحلف على ان الثمن الظاهر كذا . فان حلف على ذلك حكم على الشفيع بان يؤدي ذلك الثمن ، وان نكل حكم على الشفيع بان يؤدي القيمة التي كان الشقص يساويها حين البيع . مالم تكن اكثر من الثمن المذكور . فان كانت اكثر حكم عليه بان يؤدي الثمن المذكور حينئذ .

وقد انتصر العلامة المهدي الوزاني لهذا الرأي وقال : الاخذ باليمين اليوم في هذا احسن وعليه يجري العمل .

وتلزم المشفوع منه هذه اليمين ولو كانت الحجة التي تثبت الثمن الذي يتمسك به عبارة عن شهادة عدلين يشهدان انهما عاينا المشتري حينما دفع المبلغ المذكور للبائع (1) وقد ورد في المعيار ما نصه : الذي جرت به الفتوى وجوب اليمين ولو حصل الدفع بمعاينة عدلين (2) .

ومن المعلوم انه يحق للشفيع ادعاء ان يتمسك بالثمن المذكور في عقد البيع ، ولا يقبل ادعاء المشتري انه ضوري ، وان الثمن الحقيقي اعلى مما هو مذكور في ذلك العقد . ولواتى بينة على ذلك .

(1) الرهوني 303 / 6 نقلا عن المعيار . وجاء في نظام العمل المطبق ما يلي :

اذا الشفيع اتهم المتاع ان	يكون في الاعلان زاد في الثمن .
فيجوز حلفه قد اتي	ولو راي الدفع العدل الاتقياسا .

(2) للمعيار 63 / 8 .

وفي آخر هذا الموضوع نشير الى انه عند ما يحكم على المشفوع منه بان يحلف على ان الثمن الذي ذكره او ان الثمن الذي شهدت له به بينة هو الثمن الحقيقي او عند ما يطلب منه الشفيع ان يحلف على ان الثمن المذكور في العقد هو الحقيقي وان ظاهره كباطنه . فان من حقه ان يتمتع عن اداء هذه اليمين قبل ان يتعهد الشريك بان ياخذ الشقص بالشفعة (1) ، ويقع الاشهاد عليه بانه اخذ بها . وانه يلتزم بان يؤدي ما سيحلف عليه المشفوع منه . وذلك يضمن ان لا تضيع يمينه ، لانه يمكن ان يتراجع الشفيع عن الشفعة عند ما يحلف المشفوع منه ، بدعوى انه لا يرغب في الحصول على الشقص بذلك الثمن الذي حلف عليه المشفوع منه ، وانه انما طلب الشفعة لانه كان يعتقد ان الثمن الحقيقي اقل من الثمن المذكور في العقد ، وانه كان يظن ان المشفوع منه لن يحلف على ذلك الثمن ، وذلك لاني يؤدي الا ما سيحلف هو عليه ، او ما سيقوم به الشقص .

لكن لا يحق للمشفوع منه ان يقول : انني لا احلف على ان الثمن ظاهره كباطنه ، او على ان الثمن الذي وقع به البيع هو كذا او هو الثمن الذي شهدت به بينتي ، الا اذا حضر المشفوع منه هذا المبلغ ، لاجل ان احوزه منه عند ما احلف عليه . وانما يحق له ان يتمتع عن اليمين قبل ان يتعهد الشفيع بان ياخذ بالشفعة كما ذكرنا (2) .

النقطة الثانية : اختلاف المشتري والبائع حول الثمن .

اذا اشترى شخص نصيبا في عقار مشترك ، قسم وقع خلاف بين البائع والمشتري حول الثمن الذي وقع الاتفاق عليه . كما اذا قال البائع ان الثمن هو عشرة آلاف درهم وقال المشتري : بل هو سبعة آلاف درهم .

(1) فان اتى المشتري ببينة على ما يدعيه ، حكم بانه هو الثمن الذي وقع به البيع ، ثم اذا طلب الشريك الشفعة ، لزمه ان يؤدي هذا المبلغ .

(2) وان اتى البائع ببينة على ما يدعيه حكم على المشتري باداء ذلك الثمن . وكذلك يلزم الشفيع بان يؤدي ذلك الثمن .

ويرى الحنابلة والشافعية ان الشفيع لا يؤدي الا ما يدعيه المشتري ، لانه يحترف

بان الزائد على ذلك المبلغ ليس من الثمن ، وانما اخذه البائع منه ظلما (3) .

(3) وان لم تكن لاي واحد منهما بينة ، فان اليمين توجه عليهما ، ويكون الحكم بالنسبة للشفعة كما يلي :

- (1) المميز 63/8 .
- (2) التسولي 116/2 .
- (3) المغني 521/5 .

أ - اذا حلفا معا ، فان للفقهاء في ذلك ثلاثة اقوال .

(1) هناك من يرى ان للشريك ان يشفع ذلك الشقص بما خلف عليه البائع (1) .

(2) ويرى الشافعية ان الشفيع لا يؤدي الا ما يدعيه المشتري ، لانه يعترف بان البيع

وقع بذلك الثمن ، وان البائع ظلمه في تلك الزيادة .

(3) اما المالكية فيرون انه اذا كان الشقص ما يزال على حالته ولم يطراً عليه

بعد العقد ما يتعذر منه رده للبائع ، بحديث عيب جسيم ، فان البيع يفسخ

حينئذ ، ولا يستحق الشريك الشفعة . واذا لحقه تغيير عند المشتري لا يمكن

منه رده للبائع ، فان البيع لا يفسخ ، ويصدق المشتري بيمينه في الثمن الذي يدعيه

ان كان قد ذكر ثمناً يشبهه ان يباع به ذلك الشقص . ويلزم الشفيع حينئذ ان يؤدي

الثمن الذي حلف عليه المشتري .

ب - اذا حلف المشتري ونكل البائع ، فان البيع يضي بالثمن الذي حلف عليه

المشتري ، ويؤدي الشفيع ذلك الثمن اذا طلب الشفعة .

ج - اذا حلف البائع ونكل المشتري ، فان المشتري يلزمه ان يؤدي ما حلف

عليه البائع ، ثم اذا طلب الشريك شفعة ذلك الشقص ، فهل يلزمه ان يؤدي للمشتري

المشفوع منه الثمن الذي اداه ، او المبلغ الذي كان يدعي انه هو الثمن الذي

وقع به البيع . للمالكية في ذلك قولان .

القول الاول : ان الشفيع يلزمه ان يؤدي الثمن الذي اداه المشتري فصلاً ، ووجهه

ابن يونس بان من حق المشتري ان يقول لطالب الشفعة : لو انني لم انكسر

عن اليمين ولم ارض بان ادفع هذا الفرق بين ما ادعى وقوع البيع به وما حلف

عليه البائع ، ما امكنني ان اتوصل الى الشقص ، وحينئذ لا تكون له شفعة (لما تعلم

من انه اذا حلفا مما فان البيع يفسخ ويسقط حق الشفعة) . ولهذا فانني اعتبر كانني

اشتريت ذلك الشقص مرة اخرى بالثمن الذي حلف عليه البائع ، ومعلوم ان الشفيع

يلزمه ان يؤدي الثمن الذي وقع عليه البيع .

القول الثاني : ان الشفيع لا يلزمه ان يؤدي الا ما يدعيه المشتري ، لانه هو

الثمن الذي يقر بان الشراء وقع عليه ، اما الزائد على ذلك فانه يدعي ان البائع

ظلمه فيه وليس من الثمن ، ومعلوم ان ما زاد على الثمن لا يلزم الشفيع ، وقد ذكر التسولي

ان اللخمي رجح هذا القول (2) .

ولكننا نرى ان القول الاول هو الذي يجب الاخذ به ، لما علمنا من ان الشفيع يلزمه ان يؤدي كل

ما خرج من يد المشفوع منه بما فيها المكوس وغيرها ، ولو كانت قد اخذت منه ظلماً ، لانه لم يتوصل

الى الحصول على الشقص الا بادائها ، وكذلك المبلغ الزائد على ما يدعيه ، لو لم يؤديه المشتري للبائع ما حصل

الى الشقص ، ولما ثبت الحق للشريك في الشفعة .

(1) المفتى 521/5 . ويلاحظ انه يفهم من كلام ابن قدامة هنا ان الفقهاء جميعاً يقولون بهذا القول ، لانه قال :

وان لم تكن للبائع بينة فتحالفا فللشفيع اخذه بما حلف عليه البائع . (2) البهجة 117/2 .

المبحث الثاني بقية الاحكام الشفعية

فتكلم في هذا المبحث على الاحكام التالية :

- (1) غيبة الشفيع والشفيع منه
- (2) تعدد الشفيع والشفيع منه واليك
- (3) على من يقع الضمان في الشفيع
- (4) متى يملك الشفيع القص الشفيع
- (5) ميراث حق الشفعة . وذلك في ثلاث نقاط

النقطة الاولى : غيبة الشفيع او الشفيع منه

اذا فوت احد الشركاء نصيبه الناصر فيما ثبت فيه الشفعة ، وطالب احده الشركاء الباقين او اكثر بالشفعية وكان غيبا او اكثر غائبا . فهل ثبت لهذا الشريك الغائب الشفعة اولا ، وهل تؤثر غيبة بعض الشركاء على حتم في الشفعة اولا . ثم ما اذا يفعل الشريك الذي يريد ان يشفع ما فوته شريكه فيبين له ان الشفيع منه غائب .

للإجابة على هذه الاسئلة نقسم هذه النقطة الى قسمين . نتكلم في اولها على الشريك الغائب ، وفي ثانيها على غياب الشفيع منه .

اولا : الشريك الغائب .

نسأل الفقهاء حول ما اذا كان الشريك الغائب يتحقق الشفعة اولا . ثم فصل القائلون بثبوت الشفعة للغائب الاحكام التي تطبق حينما يكون بعض الشركاء غائبا ويطالب الشريك الحاضر - واحدا كان او عددا - بالشفعة .

(1) ففيما يتعلق بالغائب ، هل له الحق في الشفعة اولا . نشير الى ان الفقهاء

اختلفوا حول ما اذا كان له الحق في شفعة ما فوته شريكه اولا . ووجد في هذا

الصدر الرايان التاليان :

الراي الاول : يرى الاصام النخعي ، واليتي ، والحارث المكلي ان الشفعة لا تثبت

الا للشريك الحاضر ، او الغائب القريب الشفعة ، اما الشريك الغائب غيبة طويلة فلا يستحق

الشفعة ، لان ثبوت الحق لهذا الغائب في الشفعة ، يلحق بالمشتري ضررا كبيرا ، لانه

يحول بينه وبين ان يحتقر الملك له ، ولا يمكنه ان يتصرف فيما اشتراه . مادام يملك

ان الشريك الغائب يحق له ان يشفع متى قدم من غيبته .

الراي الثاني : يرى جمهور العلماء ، منهم شريح ، والحسن ، وعطاء ، ومالك ،

والليث ، والثوري ، والشافعي ، وابو حنيفة ، واحمد بن حنبل ، ان لكل شريك الحق

في الشفعة ، سواء كان حاضرا او غائبا ، وسواء كانت غيبته قريبة او بعيدة .

واجتج الجمهور على ثبوت الحق في الشفعة للشريك الغائب بما يلي :

(1) ان الاحاديث التي وردت في الشفعة ، ومنها : قوله تعالى على اللعية وسلم بالشفعة فيما لم ينقسم تدل على المأموم ، بحيث لا تخصص بالشريك الحاضر فقط .

(2) الشفعة حق مالي يثبت لكل من توفركه سببه ، - الشركة ، ولا شك في ان الشريك الغائب توفركه لهذا السبب وهو الشركة ، فثبت له الحق في الشفعة .

(3) من المعلوم ان الشريك الحاضر اذا لم يعلم ببشرىكه حصته ، فانه يبقى له الحق في الشفعة متى علم بذلك ، وكذلك الغائب فلم يبيع الا بعد قدومه ، فيكون له الحق حينئذ في الشفعة .

(4) ان الشفعة شرعت لازالة الضرر الذي يبيته دخيق توك جديد ، وهذا الضرر يلحق كل شريك ولو كان غائبا ، فذلك يستحق كل شريك الشفعة ، ولو كان غائبا حين باع شريكه حصته ، ليرتفع عنه ذلك الضرر .

وهكذا يتبين لنا ان الراي الذي يرى ان الشريك الغائب لا يخر في الشفعة ، هو الراي الراجح ، وهو الذي يسير مع المنطق ، ويحق المصلحة التي شرعت الشفعة من اجلها . ويمكننا ان نقول بان الضرر الذي ذكره اصحاب الراي الاخر انه يلحق المشتري من ثبوت الحق للغائب في الشفعة ، لا يمكن ان يؤثر على حق الشريك في الشفعة ، لان هذا المشتري دخل على ذلك الضرر ، ما دام يعلم انه يشتري نصيبا في عقار ، وان شريكه الغائب له الحق في الشفعة متى قد علم .

وقد سبق ان ذكرنا ان غيبة الشريك في مكان بعيد تعتبر من الاعذار التي يبقى معها الحق لهذا الشريك في طالب الشفعة بعد رجوعه ، سواء علم - اثناء غيابه - بثبوت شريكه لنصيبه ، او لم يعلم بذلك الا بعد رجوعه . (2)

(2) وفيما يتعلق بالاحكام التي تطبق اذا كان بعض الشركاء غائبا ، وطالب الشريك الحاضر بالشفعة ، نذكر انه اذا تعدد الشركاء ، وكان بعضهم غائبا حين ثبوت حق الشفعة ، كما لو فرضنا ان عقارا كان مشتركيا بين اربعة اشخاص ، يملك احدهم نصفه ، والثاني ربعه وكل من الثالث والرابع ثمنه (3) ، ثم باع صاحب النصف نصيبه ، وكان كل من صاحب الربع واحد صاحبي الثمن غائبا عن البئذ ، فطالب الشريك الحاضر بالشفعة ، فاما ان يطالب بشفعة جميع ذلك النصف الذي وقع عليه البيع ، او يطالب بالشفعة على قدر نصيبه .

(1) من المتن : 486 / 5 .

(2) انظر صفحة : 154 .

(3) فتكون نسبة الشركة بينهم كما يلي : 24 / 12 و 24 / 6 و 24 / 3 و 24 / 3 .

(1) فإن طالب بشفعة جميع ذلك النصيب ، فإنه يجاب لطلبه ، ويلزم المشتري بأن يكفه من تلك الشفعة ، ولا يحق لهذا المشتري أن يحتج بأن هذا الشريك لا يستحق الشفعة الأعلى نصيبه ، لأنه سبق لنا أن الشريك يستحق شفعة جميع ما باعهه شريكه فيما إذا لم يطلب بها باقي الشركاء (1) .

وإذا اختار الشريك الحاضر جميع ما باعهه شريكه ، وحضر أحد الشركاء الفائبين وطالب بالشفعة ~~في~~ في نفس مرتبة ذلك الشفع فإنسه يجب على الشريك الذي اخذ بالشفعة أن يكون هذا النصيب من نصيبه في ذلك الشيء المشفوع . فلو فرضنا أن صاحب الربع هو الذي حضر ، فإنه يجب على الشريك الذي شفع الجميع أن يرد له ثلثي ذلك النصيب (2) لما عرفنا من أن نصيب المشفوع يوزع على الشركاء بقدر ما يملكه كل واحد منهم (3) .

ولو فرضنا أن الذي حضر هو الذي يملك الثمن ، فإنه يجب على الشريك الذي شفع الجميع أن يكفه من نصف ما شفعه (4) .

ثم إذا حضر الشريك الآخر بعد ذلك ، وطالب بالشفعة على قدر نصيبه ، وكان في نفس درجة الشفعين ، فإنه يجب على الشريكين اللذين وزعا الشيء المشفوع بينهما على قدر نصيب كل واحد منهما ، أن يكفاه من نصيبه في الشفعة ، بحيث يرد له كل واحد منهما ما يزيد على نصيبه في الشيء المشفوع .

فإذا كان هذا الذي حضر أخيرا هو مالك الثمن ، فإنه يجب على صاحب الثمن الأول أن يرد له ربع ما اخذ بالشفعة ، ويرد له صاحب الربع ربع ما اخذه هو أيضا (5) .

أما إذا كان الذي حضر أخيرا هو صاحب الربع ، فإنه يجب على كل واحد من صاحبي الثمن أن يكفاه من نصف ما اخذاه بالشفعة (6) .

ونكذا يتبين لنا أنه يجب على المشتري أن يمكن الشريك الحاضر من شفعة ما وقع عليه عقد الشراء ، كما أنه يجب على الشريك الحاضر الذي شفع ذلك الجميع أن يمكن شريكه الذي حضر بعد ذلك من ثمن الشفعة على قدر نصيبه (7) .

(1) انظر صفحة : 213 .

(2) المدونة الكبرى 235/4 . أي 12/8 ويبقى له 12/4 .

(3) انظر صفحة : 170 .

(4) أي 12/6 ويبقى له 12/6 .

(5) بحيث تصبح النوبة كما يلي : لصاحب الربع 24/12 ولكل واحد من صاحبي الثمن 24/6 .

(6) لأنهما كانا قد وزعا ما شفعاه سوية بينهما نظرا لتساوي حصتهما .

(7) وهذا يقول الشافعي أيضا . فتح العزيز 482 / 11 .

(2) أما إذا طلب الشريك الحاضر بالشفعة على قدر نصيبه .
أ - فإن وافقه المشتري على ذلك ، فالأمر واضح ، ويبقى للشريك الفائض
بما حضر أن يطلب المشتري تركيزه من الشفعة في جميع بلد يقضي أو على
نصيبه إن وافقه المشتري على ذلك .

ب - إذا لم يوافق المشتري على ذلك ، وطلب منه أن يشفع الجميع أو تنازل
عن الجميع ، فإنه يجب لطلب هذا الشريك ، وإنما يلزم بأن يشفع
الجميع (1) ولا سقط حصته في الشفعة ، ولا يمكنه أن يقول : أشفع الآن على
نصيبتي ، ثم إذا حضر شركائي وتنازلوا عن الشفعة ، فانا أشفع ذلك الباقي (2)
فهو سبق لنا أن من حق المشتري منه أن لا يهتمض له الشفعة ، وأنه
يمكن أن يرغم الشريك على شفعة الجميع أو التنازل عن الجميع (3) .

فإن امتنع من شفعة الجميع فإن حقه في الشفعة يسقط ، ثم إذا حضر
شركاؤه النائمون ، وطلبوا بالشفعة ، فإنهم يستحقونها وحدهم ، ولا يدخل معهم
ذلك الشريك الذي كان حاضرا أولا (4) .

ولا بأس من الإشارة إلى أنه يجب مراعاة مبدأ حق الأولوية بين الشركاء حتى
في حالة غياب بعضهم ، يعني أنه إذا كان الشريك الحاضر أولى من الفائض
يقضي لهذا الحاضر ما شفعه باجمعه . وإذا كان الفائض أولى من الحاضر
كان لذلك الفائض حضوره أن يشفع جميع الحصة ، سواء كانت ما تنزال
في يد المشتري منه ، أو كان الشريك الحاضر قد شفعها .

ثانياً : غيبة المشتري عنه .

إذا غاب المشتري عن الشريك الذي يحق له الشفعة ، فهل ينتظره
هذا الشريك أن يحضر ثم يطالبه بالشفعة ، ولا يسقط حقه في ذلك ولو
الغيبة المشتري وجازت الغيبة ، أو يجب عليه أن يشهد عدلين على أنه أخذ
بالشفعة في غيبة المشتري . أو يرفع الأمر إلى القضاء ملتمسا الحكم له بالشفعة
ولا سقط حقه .

(1) يقول ابن عبد السلام أنه لا يلزم في هذه المسألة خلافنا في أنه يجب
على الشفع الحاضر أن يشفع الجميع أو يترك . الخطأ 328/5 .

(2) الزرقاني 187/6 .

(3) انظر صفحة 213 .

(4) الخطأ 328/5 .

للجواب على ذلك لابد من التفصيل الآتي :

أولا : اذا كان المشتري غائبا في مكان قريب (اقل من مسافة القصر) نحو 84 كيلومترا) فان هذا يعتبر كانه حاضرا ، ولذلك يجب على الشريك ان يطلب شفيعته ، ويرفع الامر الى القضاء الذي يستدعيه للحضور وتبني الاجراءات . فان لم يطلب الشريك بالشفعة حتى ضمت السنة ، فان حقه في الشفعة يسقط ، ولا يقبل عذره بان المشتري كان غائبا .

ثانيا : اذا كان المشتري غائبا في مكان بعيد (اكثر من مسافة القصر) . فان للفقهاء في ذلك ثلاثة آراء .

أ - جاء في المعيار ان المشتري اذا غاب فيجب على الشريك (الذي يريك الشفعة) ان يشهد (عدلين) على نفسه انه اخذ بالشفعة ، وان الشئ ليس في ذمته ، يؤديه للمشتري عند رجوعه من غيبته . فان فصل ذلك استحق الشفعة ، وان لم يفعل ذلك واستمرت غيبة المشتري سنة فأكثرها ، فان حق الشريك في الشفعة يسقطه ولا يمكنه ان يعتذر بغيبة المشتري ، لانه كان في مكانه ان يشهد على انه استعمل حق الشفعة ولو في غياب المشتري (1) .

ونرى من الافضل ان يقال في هذا الصدد ان الشريك الذي يريد استعمال حق الشفعة بموجب المشتري قد غاب يجب عليه ان يوجه له رسالة عن طريق البريد المضمون بخبره فيها برغيته في الشفعة واستحقاقه لها ، ويعرض عليه الثمن والمصاريف التي اداها . ويضرب له اجالا للأعراب عن موقفه ، فان حضر ومكنه من شفيعته ، او وكل من ينوب عنه في ذلك انتهى الامر ، وان نازعه او رفض الرسالة او رفض تمكنه من شفيعته او لم يجبه ، فعليه ان يرفع الامر الى القضاء ويطلب الحكم له بالشفعة .

ومعنى هذا اننا لانوافق على التفرقة بين النسيئة القريبة والبعيدة ، لان المسافات قد تداوت ووسائل الاتصال قد كثرت ، ولم تبق هناك اية صعوبة في اللجوء الى القضاء ، خصوصا ، وانه يمكن لمن لم يعتد اللجوء الى المحاكم ان يوكل من يعتاد ذلك ، كما انه يمكن لمن كان بعيد النسيئة ان ينوب عنه من يتولى الدفاع عنه .

ب - هناك من يرى ان الشريك لا يجب عليه ان يرفع الامر الى القضاء ، لان الناس يستقلون عادة اللجوء الى القضاء نظرا لما يكلفهم ذلك من اجراءات ، كما ان الشريك الذي يطلب الحكم له بالشفعة سيطلب من طرف المحكمة باثبات الموجبات التي تخول له الشفعة ، وقد يعسر عليه ذلك ، في حين انه لو كان المشتري حاضرا فقد يمكنه من شفيعته ، ولا يضطره الى اللجوء الى القضاء . ولهذا كله فان فيجوز للمشتري اعتبار عذرا بالنسيئة للشريك بحيث يبقى له الحق في ان يطلب شفيعته متى حضر المشتري ، ولا يسقط حقه في ذلك ولو طال غيبة المشتري اكثر من سنة .

ويرى اللخمي أن غيبة المشتري تعتبر عذرا بالنسبة للشريك الذي لا يعتمد اللجوء إلى المحاكم ، أما الشريك الذي اعتاد الدخول إلى المحاكم والرفع إلى القضاء ، فلا تعتبر غيبة المشتري عذرا في حقه ، وإنما يجب عليه أن يرفع الأمر إلى القضاء ، ولا سقط حقه بضي سنة من تاريخ علمه بالبيع ولو بقي المشتري غائبا (1) .

ج - هناك من يرى أنه يجب على الشريك أن يرفع الأمر إلى القضاء ، ويثبت أمامه ما يستحق به الشفعة ، ويحكم له ، دون أن يفتأ بها ، فإن لم يفصل حتى مضت سنة على علمه بالبيع فلا شفعة له .

النقطة الثانية : تعدد الشقص ، والمشفوع منه ، والبائع .

يمكن أن يبيع شخص واحد نصيبين أو أكثر في عقد واحد أو في عدة عقود . كما يمكن أن يبيع أحد الشركاء نصيبه لشخصين أو أكثر في عقد واحد أو عقود مختلفة . ويمكن أيضا أن يبيع شريكان أو أكثر نصيبهم لشخص واحد . وتكلم على حكم الشفعة في الحالات الثلاث .

الحالة الأولى : تعدد الشقص في صفقة واحدة .

إذا كان شخصان "أو أكثر" شريكين في عدة عقارات ، فباع أحدهما نصيبه في عقارين أو أكثر في عقد واحد ، فإن للشريك الآخر أن يشفع النصيبين معا ، ولا يمكنه أن يرغم المشتري على أن يمكنه من صفقة أحد النصيبين فقط ، لأن ذلك يضر بالمشتري الذي اشترى النصيبين في عقد واحد ليقبض له معا أو ينتزعا منه معا ، وهذا هو رأي المالكية والحنفية .

وفي هذا يقول ابن ناجي في المنتقى : ولو باع رجل حصته من ثلاثة دور لكان الشفع إنما يأخذ ما اشتراه في الثلاثة الدور أو يترك الكل ، وليس له أن يأخذ ما اشتراه من إحدى الدور ويترك ما اشتراه من سائرهما أن كان شريكا في جميعها ، وكان المشتري اشترى ذلك صفقة واحدة ، قاله ابن القاسم وأذهب في المجموعة (2) .

وقال الشيخ محمد علاء الدين الحصري في الدر المختار : ولو اشترى دارين أو قريتين بمصرين صفقة واحدة شفعيهما معا ، أو تركهما معا ، ولا أحدهما ، ولو أحدهما بالمشرق والآخر بالمغرب (2) .

ويرى الشافعية أن الشريك بالخيار بين أن يشفع النصيبين معا ، أو يشفع أحدهما فقط ، ولا كلام للمشتري المشفوع منه ، وفي ذلك يقول صاحب الاقتاع : (لو اشترى) واحد شقصين من دارين فللشفيع أخذ أحدهما لأنه لا يفتي إلى تمييز شيء واحد في صفقة واحدة (4) .

(1) بتانسي 182/6 .

(2) 3 و 4 . من محاضرات الأستاذ الجواد ؟ ونقل ذ الجواد . بقية كالم الدر المختار وفيه أن زفر من الحنفية يرى أن النصيبين إذا كانا في مصرين متباعدين فيحقق للشريك أن يشفع أحدهما دون الآخر .

ونرى ان رأي المالكية والحنفية اقرب الى الصواب ، لان في ارقام المشتري على تكفين الشريك من شفعة احد النصيبين دون الآخر ضررا عليه ، لانه قد تكون رغبته محصورة في الحصول على النصيب الذي اراد الشريك شفخته فقط ، الا انه لما لم يقبل ملكه ان يبمس له الا اذا اشترى معه النصيب الآخر ضمه اضطر الى شرائهما معا .

الحالة الثانية : تعدد المشفوع منه .

اذا اشترى شخصان او اكثر جزءا من عقار في صفقة واحدة ، واشترى شخصان او اكثر عدة انصبه في عقارات منفصلة واحدة ، وحدد نصيب كل واحد من المشترين فيما وقع عليه العقد ، فاراد الشريك في ذلك المقار او تلك العقارات ان يشفع من بعض المشترين دون البعض ، فهل يحق له ذلك ، او يلزمه ان يشفع من جميع المشترين ؟ في ذلك نسأل :
 (1) قال ابن القاسم في المدونة . لا يجوز للشريك ان يشفع من البعض دون البعض ، وانما يلزمه ان ياخذ من جميع المشترين او يترك الشفعة (1) .

(2) قال اشهب ، وسحنون ، ويجوز للشريك ان يشفع من بعض المشترين دون البعض ، وذلك لانه لا ضرر على المشفوع منه في ذلك ، لانه قد شفيع منه جميع ما اشتراه فلم تبخص عليه الصفقة . كما ان الشريك قد يرضى بشركة بعض المشترين دون البعض ، ومن حقه ان يشفع من المشتري الذي لم يرض بشركته .

وقد اختار اللخمي هذا القول . وقال ابن رشد : انه الاصح . واستظهره النووي به . كان ابن القاسم يقول اولا ، وعلق عليه النووي بانه هو الصحيح المفتى به (2) .

وهذا هو مذهب الشافعية ، والحنابلة ، وهو قول ابي حنيفة في احدى الروايتين عنه . وقال في الرواية الاخرى ان المشتري يجوز له ان يشفع من بعض المشترين بعد ان يقبضوا ما اشتروه ، اما قبل قبضهم فلا يجوز له ذلك ، لانه يؤدي الى ان تتبعض الصفقة بالنسبة للبائع .

وهذا غير مسلم ، ان الحقيقة ان اخذ الشريك من بعض المشترين لا يؤدي الى تبعض الصفقة على البائع ، ما دام المشتري الآخر الذي لم يشفع منه الشريك سيأخذ الباقي (3) .

(1) المدونة 211/4 . وعلى هذا القول ذهب الشيخ خليل في مختصره حيث قال مشبها في عدم التبعض ما نصه : كتعدد المشتري على الاصح - وعليه ذهب ايضا في التحفة حيث قال : بالشخص لاثنين فما عدا مشتري .

(2) التسولي في 118/2 والزرقان في 186/6 .

(3) المغني في 530/5 .

وهكذا يتبين ان المشتري اذا تعدد في صفقة واحدة ، سواء كان المشتري نصيبا واحدا في عقار او عدة انصبة في عقارات ، فان الشريك في ذلك العقار ، او تلك العقارات يجوز له ان يشفع من بعض المشتريين دون البعض ، لان ذلك يحقق الهدف الذي شرعت الشفعة من اجله ، وهو رفع الضرر عن الشريك القديم من دخول شريك جديد لا يتلائم معه ، ولا يضرباي واحد من المشتريين .

الحالة الثالثة : تعدد البائعين .

اذا كان اربعة اشخاص مثلا شركاء في عقار او عدة عقارات فباع اثنان او اكثر نصيبهما في ذلك العقار او في العقارات المتعددة صفقة واحدة ، وطالب الشريك الباقي * واحدا كان او اكثر " بالشفعة " فانه يجب عليه ان يشفع جميع ما وقعت عليه الصفقة ، من العقار الواحد او من العقارات المتعددة (1) . ولا يمكنه ان يرغب المشتري على ان يكتفه من شفعة نصيب احد الشركاء البائعين دون نصيب الآخر . كما لا يمكنه ان يرغبه على تكتفه من شفعة الجزء المبيع من احد العقارات دون اجزاء العقارات الاخرى .

فلو فرضنا ان اربعة اشخاص شركاء في عقار ، فباع اثنان منهم نصيبهما في ذلك العقار لشخص او لشخصين ، وكان ذلك المبيع في صفقة واحدة ، سواء حدث ثمن كل نصيب او لم يحدث ، بان نص على ثمن اجنالي المنصيين . ثم طالب احد الشريكين الباقين او طالبا معا بالشفعة ، فيجب عليهما ان يشفعا جميع ما وقع عليه العقد ، ولا يحق لهما ان يرغبوا المشتري او المشتريين على ان يكتفيا من شفعة نصيب احد البائعين دون الآخر . ولو فرضنا ان اربعة اشخاص يشتركون في عدة عقارات " دار ودار كان وضيعة مثلا " فباع اثنان منهم نصيباهما في تلك العقارات كليهما لشخص او شخصين في صفقة واحدة حدد فيها لكل نصيب نصيبا معينا ، ثم طالب احد الشريكين او كتفهما بالشفعة ، فانه يحق له ان يرغب المشتري واحدا كان او متعددا " على ان يكتفه من شفعة انصبا احد البائعين في جميع العقارات دون انصبا الشريك الآخر . كما لا يجوز له ان يرغبه على ان يكتفه من شفعة نصيب الشريكين في آخر العقارات دون نصيبهما في باقي العقارات . كان يكتفه له مثلا : انني اشفع نصيب شريكسي في الدار دون نصيبهما في الدكان والضيعة . وانما يجب على الشفع " واحدا كان او متعددا " ان يشفع جميع ما تضمنته الصفقة ويتنازل عن الجميع .

لكن اذا كان الذي يطالب بالشفعة شريكا في بعض العقارات دون البعض ، كما لو فرضنا ان اربعة اشخاص شركاء في دار وجانوت . وكانوا شركاء ايضا مع شخص خامس في ضيعة . فباع ثلاثة من الاربعة انصباهم في الدار والضيعة ، وطالب الخامس بشفعة ما باعه شركاؤه . فانه يستحق الشفعة بالنسبة للضيعة وحدها لانه شريك فيها فقط ، ويمكنه في هذه الحالة ان يرغب المشتري على تكتفئه من شفعة ما اشتراه في الضيعة . ولا يمكن

لهذا المشتري ان يحتج ضده بان الشفعة منوطة الى تجزئة لشفعة عليه ، لانه لا يمكن للشريك ان يتوصل الى حقه الا بذلك ، ولانه لا يمكن ان يملك هذا الشريك في شفعة جملة ما وقع عليه المقعد لانه ليس شريك في الدار . ولو طالب الشريك بالشفعة فلا يمكنه ان يرغب المشتري على تركه من الشفعة في الدار وحدها دون الباقي ، او في الشفعة وحدها دون الدار . ولما يلزمه ان يرفع الجدل لانه شريك في الدار والشفعة .

ولا حاجة الى القول بانه في حالة ما اذا طلب كل من المبيع والخصم الشفعة ، فان النصيب المباع من الشفعة يوزع بينهما بنسبة ما يملكه كل واحد منهما اذا لم يكن احدهما اولى من الآخر بالشفعة . ايضا يخصم الرابع بشفعة في الدار لانه شريك فيها وحده .

النقطة الثالثة :

على من يقع الضمان في الشفعة .

عرفنا ان الشفعة من قبيل الماوضات ، لان الشفع ياخذ النقص المشفوع من ماله الجديد مقابل عوض يدفعه له . وهذا يعني ان الشفع يعتبر كانه اشترى ذلك الشفع من المالك السابق الذي هو المشفوع منه .

ومن المعروف ان البائع يتحمل تجاه المشتري بدرك المبيع والاستحقاق . بمعنى ان المشتري يحق له ان يرجع على البائع فيما اذا تبين له ان في الشيء المبيع عيبا . ثم يطالب عليه حين البيع ، او اذا استحق ذلك الشيء كله او بعضه من يده ، او تبين ان شخصا اخر يملك ذلك المبيع او بعضه .

وما ان الشفعة تختلف عن المبيع العادي في ان المشفوع منه لا يبيع الشفعة من اختياره للشفع ، كما انه قد يشفع منه ذلك الشخص في انتقاله اليه ، اي في الوقت الذي تكون فيه ذمة المالك الاول ما زالت مشغولة تجاهه بضمان المبيع والاستحقاق . لذلك اختلفت آراء الفقهاء حول من الذي يكون مسؤولا تجاه الشفع عن ضمان المبيع الاستحقاق ، اي من يتحمل بهذا الضمان للشفع ، هل هو الشريك الذي انتقل الشقص منه الى المشفوع منه ، او هو المشفوع منه ، ومباراة اخرى . اذا وجد الشفع بالشخص المالك ، او استحق من يده ، فهل يرجع بقيمة المبيع ، او بما دفعه مقابل الشفعة على المالك الاصيل للشقص ، او على المشفوع منه . وجدت في هذا الصدد الآراء الآتية :

- (1) يرى ابي ابي ليلس ، وعثمان البني ، ان المالك الاصيل للشقص المشفوع ، اي الدائن الذي نقل المالك الى المشفوع منه ، هو الذي يكون مسؤولا عائرة تجاه الشفع ، ولا يبق لهذا الشفع ان يرجع عليه راسا فيما اذا تبين ان بذلك النقص المشفوع عيبا ، وانه ملك للغير (1) .

واحتج على ذلك بان المالك الاولي اصبح ضملا بهذا ان تجاء المشفوع
فيه بسبب عقد المعاوضة الذي نتج عنه الحق للشريك في الشفعة - وما ان هذه
الشفعة تعتبر بمثابة نقض لذلك العقد - وانما لمقد جديد يملك المالك والشفوع
لذلك وجب ان يكون ذلك المالك الاولي هو المحمل تجاء هذا الشفعة لك الضمان اليه الذي
كان محملا به تجاء المشفوع به .

وهذا يعني ان الشفعة تلي العقد الذي انتقل بوجبه للتصالي المشفوع
فيه ، وبمبتركأ أن العقد تم رأسا بين المالك الاولي والشفيع .

(2) يقول ابو حنيفة ان الذي يتحمل تجاء الشفع بضمان الشفيع لا يتطابق
لو من كان يوجد الشقص بيد عند الشفعة . فاذا كان ما يؤول الشقصه مالكه
الاولي اي البائع فانه هو الذي يتحمل تجاء الشفع بالتمام لان اخذ الشفع للشقص
من البائع رأسا يجعل قبض المشتري لذلك الشقص من البائع متفراغاً فيفسخ البيع الذي
تبع بين البائع والمشتري وتصبح العلاقة محصورة بين البائع والشفيع . ولذلك يتمين
تحمل البائع بضمان ما دفعه للشفيع مقابل الثمن الذي حازوه (1) . وان كان
الشقص قد انتقل الى حيازة المشتري ، فانه هو الذي يصبح مسؤولاً تجاء الشفع بما يمكن
ان يوجد في البيع من عيب او ما يطرا عليه من استحقاق للتغير .

وهذا الرأي يعني على القاعدة التي يقول بها ابو حنيفة من ان ضمان البائع
ينتقل الى المشتري الا بعد قبضه للبيع ، اما قبل ذلك فيكون في ضمان البائع (2)
(3) يرى مالك والشافعي واحمد بن حنبل ان المشفوع به هو الذي يتحمل بضمان
العيب والاستحقاق تجاء الشفع . سواء اخذه من البائع او من المشتري . واحتجوا على ذلك
بان الشفعة لم تثبت للشريك الشفع الا بعد ان اصبح المشفوع به مالكا ملكا صحيحا . ولذلك
يجب ان يتحمل بترك العيب والاستحقاق تجاء الشفع لان هذه المسؤولية تقع على من
كامل كل مالك ينتقل ملكه للتغير مقابل عوض (3) .

والفرقة التي يقول بها الحنفية لا معنى لها لان الشفع انما ياخذ الشقص من المشفوع منه . وحسب
اذا كان الشقص في يد البائع واخذه منه الشفع فانما يعتبر البائع مجرد نائب عن المشتري المشفوع منه في
مكن الشريك من الشفعة ، ولا معنى للقول بان البيع يفسخ فيما اذا اخذ الشقص من البائع
رأسا ، لانه لو فسخ البيع حقيقة لبطلت الشفعة التي تترتب عن البيع (4) .

(1) المغننسي 535/5 .

(2) ومن المعروف ان الملكية يرون ان البيع يدخل في ضمان المشتري بمجرد العقد ويظهر اثر هذا الضمان
بما لو حدث في البيع عيب بعد عقد البيع وقبل ان يتسلمه المشتري . فعلى مذهب الحنفية تقع مسؤولية ضمان
العيب على البائع لانه ما يزال تحت يده وعلى مذهب الملكية تكون المسؤولية على المشتري لان البائع
دخل في ضمانه بمجرد العقد (3) . لا بأس من الاشارة الى ان الشافعي يوافق الحنفية في ان ضمان البائع
ينتقل الى المشتري الا بالقبض . ولكنه في الشفعة لا يفصل تفصيل ابي حنيفة . وانما يسير مع الملكية كما هو

(4) المغننسي 535/5 .

وإذا كان المالكية يرون أن المشفوع منه هو الذي يتحمل بدرك - استحقاق والميسب تجاه الشفيع ، كقاعدة عامة . فانهم يوردون على هذه القاعدة بعض الاستثناء منها :

أولا : هناك صورتان يقرر المالكية فيهما أن البائع هو الموقوف تجاه الشفيع في درك الميب والاستحقاق ، وليس المشفوع منه .

الصورة الأولى : إذا كان شخص يعمل في مال على وجه ⁽¹⁾ ~~الخص~~ ، وكان يملك مينا في عقار على الشيع ، فاشترى لحساب القراض نصيب شريكه في ذلك العقار ، ثم شفيعه نفسه . فإن درك الميب أو الاستحقاق يكون على البائع لا على المشتري . لأن المشتري هو الشفيع نفسه .

الصورة الثانية : إذا كان رب مال التاجر يملك مينا في محاربه شيع ، ثم اشترى الحاصل في القراض نصيب أحد الشركاء في ذلك المحار لحساب القراض ، ثم شفيعه بالمال لنفسه . فإن البائع هو الذي يتحمل بدرك الميب والاستحقاق تجاه الشفيع ، وليس المشتري ، لأن المشتري في هذه الصورة لما كان هو الحاصل في مال التاجر فإنه يختار نائباً عن الشفيع في هذا الشراء ولذلك لا يمكن أن يتحمل بضمان الميب والاستحقاق ⁽²⁾ .

ثانياً : إذا تعدد الشركاء وكان بعضهم غائباً . فقد سبق لنا أن الحاضر شفيع الجميع . وإذا حضر أحد الغائبين وطلب بالشفعة فإن ذلك المشفوع يتسم بمينا على قدر كل نصيب واحد منهما ، ثم إذا حضر شريك آخر طالب بالشفعة أنه يأخذ من الشريكين السابقين ما زاد على نصيبهما في الداء الشفيع ⁽³⁾ .

أما فيما يتعلق بضمان الميب والاستحقاق في هذه الحالة فإن النسبة للشريك الحاضر الذي شفيع أولاً جميع الشقص يكون المشفوع منه هو الموقوف تجاهه عما يمكن يتأخر في ذلك الشقص من ميب واستحقاق . وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة التي ذكرناها . وبالنسبة للشفيع الثاني الذي كان غائباً يكون بالخيار فيما إذا ظهر بالشخص في شفيعه ميب أو استحقاق بين أن يرجع على المشفوع منه وحده بدرك الميب أو الاستحقاق ، وأن يرجع على الشفيع الأول مباشرة . لأنه أخذ منه نصيبه من الشقص المشفوع . وبين أن يرجع بهما معاً ، لأنه في الحقيقة قد أخذ الشقص بهما معاً .

ولا يكون الحق في أن يرجع على الشريك الثاني وحده ، لأن هذا الشريك الثاني لم يكن في أية لحظة مسؤولاً عن الشقص كله ، ما دام لم يأخذ جزءاً من يد الشفيع ول ، بخلاف ذلك الشفيع الأول فإنه شفيع الشقص كله من يد المشفوع منه حينما كان كسأوه غائبين ، ولذلك يمكن اعتباره مسؤولاً تجاه باقي الشركاء عن حان الميب والاستحقاق .

((القراض)) (ويسمى أيضاً المصارعة) اتفاق بين شخصين يقدم أحدهما بمقتضاه سبلاً مخرجه الآخر ويتقسمان الربح على نسبة معينة بينهما .

الزرقاني 190/6 نقلاً عن ابن رشد .

ثالثا : في الاقالة . سبق لنا ان عرفنا ان الملكية يرون ان الاقالة لا تنسخ الشريك من الشفعة فيما وقعت عليه المعاوضة التي انتهت بالاقالة . سواء اعتبرنا الاقالة بيما جديدا ، او نقضا للبيع السابق (1) . ولكن من ضمن الشك ما يكاد من ان يظهر في الشيء المشفوع من عيب او استحقاق ، هل هو المالك الاصيل الشقص او المالك الجديد الذي كان الشقص قد انتقل اليه قبل الاقالة .
رئي عن الامام مالك قولان في هذا الموضع .

(1) قال مرة . ان المشفوع منه (اي المتري القيل) هو الذي يكون مسؤولا تجاه الشفيع عن ضمان العيب والاستحقاق . وهذا هو مذهب الدولة ، ومقتضى ابن القاسم ، وهو المتمد عند المالكية .

(2) قال مرة اخرى ان الشفيع مخرج بين ان يرجع على المشفوع عند (المتري) او على المالك الاصيل (البائع) . وهذا يقتضي الامام احمد .

ويرجع تردد الامام مالك في تعيين السؤل عن الضمان في الاقالة ، الى ترويه في الاقالة نفسها هل تعتبر بيما جديدا ، او تعتبر نقضا للبيع . فاذا اخيرنا بيما جديدا كان ذلك بمثابة ما اذا بيع الشقص مرتين ، وقد علمنا ان الشك يكون مخيرا في الاخذ بالشفعة من اي مقرر فيما اذا تعدد انتقال الشقص من شخص الى شخص آخر (2) . واذا اعتبرنا ان الاقالة نقض للبيع ، فليس للشريك ان ياخذ الا بالبيع الذي كان موضوع الاقالة . وهذا يعني ان المشفوع منه هو المتري القيل ، وهو الذي يتحمل حينئذ بضمان العيب والاستحقاق تجاه الشفيع .

لكننا ننبه الى ان الشريك اذا كان قد تنازل عن الشفعة للمتري ، ثم وقعت الاقالة ، فان للشريك ان يستعمل حق الشفعة حينئذ كما سبق ان ذكرنا (3) . ويكون المالك الاصيل هو المشفوع منه (لانه يعتبر كانه اشترى ذلك الشقص من جديد) وذلك يكون هو المسؤول الوحيد تجاه الشفيع عن ضمان العيب والاستحقاق (4) . لا خلاف في هذا بين المالكية .

كما انه اذا وقعت الاقالة باكثر من ثمن البيع او باقل منه ، او غير ما وقع عليه المقد ، فان هذه الاقالة تعتبر بيما عند جميع علماء المالكية . وتكون حينئذ امام تعدد البيوعات ، وقد علمنا ان الشريك يكون مخيرا في هذه الحالة بين ان يشفع من اي مقرر شاء . ولا تثار اية مشكلة فيما يتعلق بالضمان ، لان المشفوع منه هو الذي يكون متحلا بهذا الضمان تجاه الشفيع تطبيقا للقاعدة العامة .

(1) انظر صفحة : 106 (2) انظر صفحة : 190 (3) انظر صفحة : 107

(4) الزرقاني 186/6 .

النقطة الرابعة : متى يملك الشفيع الشقص المشفوع .

قرر الفقهاء ان الشريك ما دام لم يستعمل الشفعة ، ولم يحصل على الشقص الذي انتقل الى المالك الجديد ، لا يحق له ان يتصرف في ذلك الشقص تصرف المالك ، بحيث لا يجوز له ان يبيعه او يهبه مثلاً ، بناءً على انه له ما دام له الحق في شفيعته . لانه لم يصبح مالكا له بعد ، ولا يحدد ان يكون قد نشأ له الحق في ان يملكه عند ما يستعمل الشفعة ، وذلك لا يعتبر ملكاً تاماً ، ولا يخول لصاحبه الحق في التصرف . كما لا يتحقق غلبة ذلك الشقص قبل ان تتم له اجراءات الشفعة ، وذلك تطبيقاً للقاعدة النقيضة : من ملك ان يملك لا يحد مالكا .

وهذا يعني ان الشريك يكون اجنبياً عن نصيب شريكه ولا حق له فيه . فاذا باع الشريك نصيبه نشأ لشريكه حق في ان يملكه باستعماله للشفعة ، فاذا استعمل حقيق الشفعة بالفعل وثبتت اجراءاتها وحكم له بها اصبحت حينئذ مالكا لذلك النصيب . ويظهر من هذا ان الشفعة قبل استعمالها تعتبر مرحلة وسطى في طريق الملكية ينتقل منها الشريك باستعمالها الى مرحلة الملكية التامة .

وقد قرر الفقهاء المالكية ان الشريك يصبح مالكا للشقص المشفوع بوسيلة من الوسائل الاتية :

- (1) عندما يحكم باستحقاقه للشفعة بعد اثباته لموجباتها .
 - (2) عندما يعرض الثمن على المشتري ، وان لم يقبله منه . سواء دفعه له بمسك ان حكم له بالشفعة ، او بمجبر ان مكنته المشتري من الشفعة بدون ان يلجئته الى المحكمة .
 - (3) عندما يشهد الشريك عدلين بحضور المشفوع منه على انه استعمل حقه في شفعة ما انتقل الى هذا المشفوع منه مما هو في شركته . (1)
- فاذا توفرت احدى هذه الوسائل حينئذ يصبح الشريك مالكا للشيء المشفوع . ويحق له ان يتصرف فيه بالبيع وغيره كما يتصرف كل مالك في ملكه . كما انه يملك ثماره منذ ذلك الوقت (2) .
- ولكننا نرى ان الوسيلة الاولى هي الوسيلة الوحيدة التي لا تثير اية مشكلة عندما نعتبرها طريقة لملكية الشريك لنصيب شريكه .

(1) الزرقاني 185/6 . وقد سبق لنا ان القيام بهذا الاشتراك في غيبة المشفوع منه لا يفيد الشريك في شيء ولا يمكن الاحتجاج به ضد المشفوع منه على ما يجري به العمل بفساد .

(2) انظر صفحة : 156 . اذا قام الشفيع ودفع الثمن للمشتري فلم يقبله منه ، وبقي يتصرف مدة طويلة الى ان ادعى قبضه ، او جبره الحاكم على قبضه ، فطلب الشفيع من المشتري تسليم الارض مدة امتناعه فانه يقضي له بها على المشتري ، لان الشقص المبيع يملك بدفع الثمن قبضه منه المشتري ام لا . الهجعة 110/2 .

أما الوسيطان الآخران فإن في القول بأنهما ينتج عنهما دائماً أن يصبح الشريك مالكا للشخص المشفوع شيء من التسرع ، نظراً إلى ما عرفنا من أن الشفعة تتوقف على إثباتات الشريك المطالب بها لشركته على الشياع في العقار الذي يطلب شفعة جزء منه ، وإثبات انتقال هذا الجزء إلى المشفوع منه بمعاوضة . كما عرفنا أنه لا يكفي أن يعترف المشفوع منه بانتقال الشقص إليه بل لابد من إثبات ذلك ببينة لأن الشفعة تؤثر على مال غير (1) ولذلك فإن القول بأن مجرد قيام الشريك باشتراك عدلين بحضور المشفوع منه على أنه مارس حق الشفعة أو قيامه بعرض الثمن على المشفوع منه يصبح بهما الشريك مالكا لذلك النصيب بمجرد المجازفة ، خصوصاً إذا كان هذا المشفوع منه ينازع الشريك في استحقاقه للشفعة ، نعم يمكن أن يكون عرض الثمن على المشتري أو اشتراك عدلين على استكمال الشريك لحقه في الشفعة كافياً في ملكية الشريك للشقص فيما إذا كانت موجبات الشفعة ثابتة ببينة يعترف بها المشتري نفسه . طبقاً لما كان يجري في الغالب ، حيث كان الشخص عندما يشتري عقاراً أو نصيباً في عقار يشهد عدلين على ذلك ويحرر رسم الشراء من طرف هذين العدلين ، ويخبران في هذا الرسم إلى أصل تلك البائع ، ومن هذا الأصل يتبين ما إذا كان وقع عليه البيع مفرزاً أو شائعاً . ثم عندما يطلع الشريك في ذلك العقار على هذا البيع يذهب إلى هذين العدلين أو إلى غيرهما ويشهد لهما بحضور المشتري أنه شفع ما وقع عليه البيع بمقتضى الرسم المذكور الذي يتضمن البيانات الكافية في إثبات حقه في الشفعة ، ويعرض على المشتري المشفوع منه ما صرفه بمطابقة شرائه . ويطلب أن يعترف المشتري بحق هذا الشريك في الشفعة ، فيقبل الثمن والمصاريف ويشهد العدلين على أنه مكن ذلك الشريك من شفعة ما اشتراه ، وتنتهي القضية بذلك .

لكن تثار نزاعات في بعض الأحيان ، أما حول توفر موجبات الشفعة ، سواء فيما يتعلق منها بالشركة والشياع ، أو فيما يتعلق بالشراء نفسه ، أو فيما يتعلق بالثمن . أو غير ذلك ، فينعين اللجوء إلى المحكمة . وحينئذ ينبغي أن يقال إن الشريك الذي يطلب الشفعة لا يصبح مالكا للشقص بمجرد عرضه الثمن على المشتري ، أو بمجرد اشتراك عدلين على أنه استكمل حق الشفعة المخول له ، وإنما يجب أن ينتظر إلى أن يصار الحكم له باستحقاقه للشفعة ، وعندئذ فقط يصبح مالكا ملكاً تاماً للشقص المشفوع .

ويرى الحنفية أن الشفيع يملك الشقص باحدى الوسيطتين الاتيتين .

أ - تسليم المشتري . ب - قضاء القاض .

فإذا سلم المشتري الشقص للشفيع برضاه وتوصل منه بالثمن فإن ذلك يدل على

رضى المشتري بالشفعة من يده واعتراضه بحقه فيها .

وإذا رفع الشفيع امره الى القاضي ليطلب منه الحكم له بالشفعة ، فان كان الشقص ما يزال في يد البائع ، فلا يحكم بالشفعة الا بعد حضور كل من البائع والمشتري لانهما ينعى عليهما . وان كان الشقص قد انتقل الى يد المشتري ، فيكفي حضوره مع الشفيع امام القاضي ، لان البائع لم يعد طرفا في هذه الدعوى . ولا يتوقف الحكم بالشفعة على احضار الشفيع للثمن ، وان كان محمد صاحب ابي حنيفة يرى انه ينبغي للقاضي ان لا يحكم بالشفعة الا اذا حضر الشفيع الثمن . ويؤجله القاضي اجلا اقصاه ثلثة ايام لاحضار الثمن ، ويخبره القاضي انه اذا لم يحضر الثمن سقط حقه في الشفعة . ثم اذا حكم القاضي بالشفعة وكان الشقص ما يزال في يد البائع فانه ياخذ منه ويدفع له الثمن وتكون عهده عليه . ويعتبر بعض الحنفية ان عقد البيع الذي بين البائع والمشتري المشفوع منه ينتقض ، لان المشتري يمجز عن قبض المبيع وذلك بوجوب البطلان . بينما يعتبر البعض الاخر ان الصفقة تتحول الى الشفيع ، لانه لو انتقض البيع لتعذر الاخذ بالشفعة . ويرى فريق ثالث ان البيع الاول قد انتقض وان عقد بيع آخر بين الشفيع والبائع .

اما اذا كان الشقص بيد المشتري وحكم القاضي بالشفعة فانه ياخذ منه ويدفع لـه الثمن وتكون عهده عليه . (1)

النقطة الخامسة : ميراث حق الشفعة .

اختلف الفقهاء حول حق الشفعة هل يورث اولا . اي لو فرضنا ان شخصين كانا شريكين في عقار ، فباع احدهما نصيبه في ذلك العقار ، ثم مات الآخر ، فهل يحق لورثته ان يطالبوا بشفعة ذلك النصيب الذي باعه شريك مورثهم اولا يحق لهم ذلك .

الحالة الاولى : ان يكون هذا الشريك الموفى قد طالب بالشفعة قبل موته . ثم مات قبل ان يتم له الاخذ بالشفعة ، كان يموت اثناء اجراءات الدعوى ، او قبل ان يمنحه المشفوع منه من النصيب المشفوع ، او قبل ان يؤدى الثمن ، وفي هذه الحالة ينتقض البيع الحق في الشفعة الى الورثة باتفاق العلماء ، ويحق لكل واحد من هؤلاء الورثة ان يشفع على قدر نصيبه في الارث ، ولا فرق فيهم بين من يرث بالفرض ومن يرث بالتعصيب ، واذا امتنع بعضهم عن الشفعة وجب على الباقي ان يشفع جميع الحصة المبيعة والا سقط حقه (2) .

(1) بدائع الصنائع ج 24/5 .

(2) المغننى ج 537/5 .

الحالة الثانية : ان يموت الشريك قبل ان يطالب بالشفعة . سواء مات قبل ان يعلم ببيع شريكه لنصيبه او بعد علمه بذلك . وقد اختلف العلماء في ثبوت الشفعة للورثة في هذه الحالة على قولين .

القول الاول : يرى ابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي ، واسحاق ، والامام احمد ابن حنبل واصحاب الرأي (الحنفية) ان حقوق الشفعة لا ينتقل الى الورثة (1) واحتجوا على ذلك ببيان الشفعة حق غير مالي ثبت للموروث . والقاعدة تقضي ان الحقوق غير المالية لا تورث الا ما ورد النص فيه على انه يورث ، ولم يرد في الشفعة نص بانها تورث .

كما احتج الحنفية على ان الورثة لا يرثون حق الشفعة التي ثبتت لموروثهم ولكنه مات قبل ان يحكم له باستحقاقه لها بان الشفعة تثبت للشخص الذي يكون مالكا حين شراء المشفوع منه ويستمر مالكا الى ان يقضى له بالشفعة . ولا شك في ان الميت يزول ملكه بمجرد موته ، كما ان الورثة لم يكونوا مالكيين حين البيع (2) .

القول الثاني : يرى الامامان مالك والشافعي ان حق الشفعة يورث ، وينتقل الى الورثة ، وذلك لان الشفعة حق ثبت للموروث ، والقاعدة العامة تقضي بان الحقوق كلها سواء كانت مالية او غير مالية تنتقل الى الورثة الا ما قام الدليل على انه لا ينتقل ، وما دام لا يوجد هناك اي نص يدل على ان الشفعة لا تنتقل الى الورثة فانها تتبع القاعدة العامة تنتقل الى الورثة (3) فصل وانها شرعت لاجل رفع الضرر عن المال ، فيمكن لذلك ان تقاس على الاموال التي تنتقل الى الورثة . كما انها يمكن ان تقاس على خيار الرد بالميب ، حيث انه من المعروف ان الموروث اذا ثبت له هذا الخيار ومات قبل ان يستعمله فانه ينتقل الى ورثته .

ويظهر ان هذا القول الثاني هو الذي ينهي الاعتماد عليه والاخذ به ، لانه هو الذي يحقق ما شرعت الشفعة من اجله . كما ان حجج انصاره اقرب الى المنطوق . ويرى المالكية ان الموت لا يوقف الاجل الذي كان ابتداء للموروث ، وانما يسري على الورثة بحيث لا يطعي لهؤلاء الورثة اجل جديد ينتدئ بالموت ، بل لا يكون لهم الا ما بقى من الاجل الذي لموروثهم . بحيث اذا توفي الموروث بعد مرور شهر على حضوره لبيع شريكه

(1) المفرد 537/5 .

(2) المنايا 447/7 .

(3) يظهر من المقارنة بين القولين ان منشأ الخلاف بينهما هو هل القاعدة العامة تقضي بان جميع الحقوق تورث الا ما قام الدليل على انه لا يورث ، او ان جميع الحقوق لا تورث الا ما قام الدليل على انه يورث . واصحاب القول الاول يتمسكون بان الحقوق لا تورث الا ما قام الدليل على انه يورث في حين ان اصحاب الرأي الثاني يتمسكون بان جميع الحقوق يورث الا ما قام الدليل على انه لا يورث .

لنصيبه ، فلا يبقى للورثة الا شهر آخر للمطالبة بالشفعة والا سقط حقهم . واذا توفي احد مورثي ستة اشهر على علمه بانتقال حصة شريكه الى مالك الجديد ، او على زوال المانع الذي منعه من المطالبة بالشفعة فلا يكون لهم الحق في الشفعة الا خلال الستة اشهر الباقية من السنة . فان لم يمارسوا الشفعة خلال ذلك الوقت سقط حقهم فيها (1) .

ولا نحتاج الى التنبيه مرة اخرى الى انه يجب على الورثة ان يشفعوا جميع الحصة المبيعة ، وانه اذا اسقط بعضهم حقه في الشفعة وجب على الباقي ان يشفع الجميع والا سقط حقه . كما اننا لا نحتاج الى ان نذكر ان الحق في الشفعة ينتقل الى الورثة بنفس الصفة التي كانت للمورث ، بحيث يحق لهم ان يطلبوا من المشفوع منه ان يحلف على ان الثمن ظاهره كباطنه . كما يحق للمشفوع منه ان يوجه عليهم اليمين على ان مورثهم لم يعلم بانتقال النصيب اليه الا منذ اقل من سنة ، وانه لم يسقط شفעתه بسكوته اكثر من ستة اشهر . الا انهم يحلفون على نفي علمهم بذلك ولا يحلفون على القطع تبعا للقاعدة المبرورة التي تقتضي بان من يحلف لينفي عن غيره شيئا فانه يحلف على نفي علمه بذلك . بان يقول الورثة مثلا : والله ما نعلم ان مورثنا اسقط حقه في الشفعة .

ولا باس من الاشارة الى ان هؤلاء الورثة ينزلون منزلة مورثهم ، ويحتفظون بالرتبة التي كانت له من بين المراتب الاربعة التي بينها سابقا (2) . سواء فيما يتعلق بالبيع الذي ورثوا الحق في شفעתه ، او فيما يمكن ان يقع بمعد ذلك . بحيث اذا باع احد الشركاء الآخرين نصيبه ، فان هؤلاء الورثة يعتبرون في نفس المرتبة التي كانت لمورثهم . فاذا كان هذا شريكا اخص للبائع اعتبر ورثته شركاء اخص له ، وتقدموا على غيرهم ، واقتسموا النصيب المشفوع مع من هو في درجتهم . وان كان المتوفى شريكا خاصا للبائع اعتبر ورثته شركاء خاصين له ، فلا يستحقون الشفعة الا اذا لم يطالب بها الشريك الاخص . وهكذا .

اما اذا فوت احد الشركاء الورثة نصيبه في الحصة الموروثة ، فان الذي يستحق الشفعة حينئذ هو يرقية الذين ورثوا معه في تلك الحصة على حسب مراتبهم من البائع . ولا يستحق الشركاء في الحصص الاخرى الشفعة الا اذا لم يطالب بها احد هؤلاء الورثة . وذلك تطبيقا لما عرفنا من ان نصيب كل مورث يصبح سهما مستقلا ، تجري عليه قاعدة الاولوية في الشفعة (3) .

ونشير في الاخير الى ان المالكية يرون انه يمكن للشخص ان يشفع ما يباعه هو نفسه ، وذلك كما اذا كان اخوان يملكان دارا فباع احدهما نصيبه ثم توفي الاخ الآخر ، ولم يكن له وارث الا اخوه البائع ، فانه يصبح مالكا للنصيب اخيه عن طريق الارث ، كما انه يصبح مالكا لحق الشفعة التي تثبت لآخيه ، فيحق له - بناء على ذلك - ان يشفع ما سبق ان باعه هو ، وذلك بصفته قد ورث الشفعة التي تثبت لآخيه عند ما باع هذا الوارث نصيبه (4) .

(2) انظر صفحة : 177 .
(4) السواق : 312 / 5 .

(1) البهجة : 116 / 2 .

(3) انظر صفحة : 183 .

القسم الثاني

الشفعة في التشريع المغربي

بعد ان عرفنا احكام الشفعة في الفقه الاسلامي والمذهب المالكي بالخصوص نتقل الان الى الكلام على الشفعة في القانون المغربي .

ونبدأ بالاشارة الى ان التشريع المغربي تكلم على الشفعة في كل من قانون الالتزامات والعقود الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 والظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة الصادر بتاريخ 19 رمضان 1333 الموافق 2 يونيو 1915 .

فقد خصص الظهير الاول اربعة فصول لاحكام الشفعة هي الفصول 973 . 974 . 975 . 976 .

كما خصص الظهير الثاني ثمانية فصول لاحكام الشفعة هي الفصول 25 الى 33 .

ولباس من الاشارة الى ان احكام الظهيرين المذكورين قد استمدت من احكام الشفعة حسب المذهب المالكي . وان كان يلاحظ ان هناك بعض الخلافات فيما بين الظهيرين المذكورين . كما ان هناك بعض اوجه الخلاف بين الفقه الاسلامي وكل من الظهيرين المشار اليهما وبالاخص ظهير الالتزامات والعقود . كما سيتبين لنا (1)

ولا حاجة الى القول بان الشريعة الاسلامية هي التي كانت تطبق من طرف القضاة في المغرب على جميع القضايا التي تعرض عليهم وذلك منذ ان استقر الاسلام في المغرب . ومنذ ان استقر المذهب المالكي في المغرب اصبحت القضاة ملزمين بـسيروا في احكامهم على هذا المذهب ، وان يقتصر على تطبيق قواعده .

وبالرجوع الى الظواهر التي كان يمين بمقتضاها القضاة سواء قبل الحماية او بعدها نجد انها تاصر القاضي بالحكم بالمشهور او الراجح او المعمول به فسي المذهب المالكي .

وبقي الامر على هذا الضوال الى ان فرضت الحماية على المغرب سنة 1912 . وحينئذ اعيد تنظيم القضاء . وموجب هذا التنظيم اصبحت في المغرب ثلاثة انواع من المحاكم .

(1) المحاكم الشرعية التي تعتبر استمرارا للقضاء الشرعي . وقد بقيت لهذه المحاكم اختصاصها في النظر في الاحوال الشخصية والارث بين الممارسة المسلمين وفي القضايا المقارنة التي تتعلق بمقار غير محفظ ، سواء كان الاطراف جميعا مقاربة او كان احدهم مغربيا . كما استمرت هذه المحاكم على تطبيق احكام الشريعة الاسلامية ، سواء فيما يتعلق بالاجراءات او فيما يخص الموضوع .

(2) محاكم مخزنية تنظر في الدعاوي المدنية والتجارية ما عدا ما هو من اختصاص المحاكم المصرية وما عدا المنازعات العقارية التي يرجع النظر فيها للمحاكم الشرعية أيضا إذا كان المقار غير محفوظ أو المحاكم المصرية إذا كان محفوظا . وما عدا قضايا الأحوال الشخصية والميراث والقضايا المرفوعة ضد المحاجير .

(3) محاكم عميرية تختص بالنظر في القضايا المدنية والتجارية بين الأجانب أو عندما يكون أحد الأطراف اجنبيا . وهذه المحاكم هي التي كانت تطبق وحدها القانون الوضعي المدون ، سواء فيما يتعلق بالمسطرة أو بالموضوع .

ومن هذا العرض الموجز لأنواع المحاكم يتبين أن القضايا المتعلقة بمقار غير محفوظ كانت دائما من اختصاص المحاكم الشرعية . ولم تكن ترفع أمام المحاكم المصرية الا عندما يكون الدافعان معا اجنبيين .

ولبيان ذلك بتفصيل نشير الى أن ظهير 9 رمضان 1331 موافق 12 غشت 1913 في شأن احداث المحاكم المصرية بعد ان نص في فصله الاول على ما يلي : (استت محاكم محلية ومحاكم ابتدائية ومجلس استئناف بالايات المفرنسية الداخلة تحت الحماية الفرنسية يحكم بها حكام فرنسيون) حدد في الفصل الثاني القضايا التي تختص هذه المحاكم بالنظر فيها كما يلي : (تحكم المحاكم المذكورة من تاريخ ابتداء اجراء العمل بهذا الظهير في جميع النوازل التي تشمل الفرنسيين سواء كانت النوازل مدنية او تجارية .

وينص الفصل الثالث على ما يلي : اما النوازل المتعلقة بالاملاك فان نفوذ المحاكم الفرنسية فيها مقصور على النوازل الناشئة بين الفرنسيين او الرعايا الفرنسيين لا غير (1) .

وبناء عليه فان المحكمة الابتدائية ومجلس الاستئناف يتألف لهما عضوان مسلمان يكون لهما صوت استشاري . وهذا ان العضوان يمكن ان يكون لكل واحد منهما نائب . وتعين الجميع يكون بظهير شريف بعد اشارة رئيس المحكمة الاول بذلك . وازداد الظهير المؤرخ في 17 ذي الحجة 1338 موافق لفتح شتير 1920 المتبصرة الثانية .

ان مقتضيات السابقة لا تطبق على الدعاوي القائمة حول حيازة الاملاك والمطالبات برفع اليد عنها ، بل يكون للمحاكم الفرنسية في هذا الشأن كامل النظر في جميع المنازعات التي يكون رعاياها متداعين فيها .

(1) حكمت محكمة الاستئناف بالرباط بعدم الاختصاص في النظر في قضية تتعلق بعقار غير محفوظ مع مغربي وشخص من الرعايا الانجليز . وورد في حكمها ما يلي : غير انه ليسوغ للمحاكم الفرنسية بالمترب حسب الفصل الثالث من ظهير تأسيس القضاء حق النظر في استحقاق عقار احتفظ بوضعيته القديمة بسبب أن يكون الدافعان معا تحت حكم هاته المحاكم الأمر الذي جعل النازلة هذه مخالفة النوع وكان من الواجب على القضاة الاولين حتما للحكم بعدم الاختصاص . الطل المدني عدد 20175 بتاريخ 28 يناير 1956 غير منشور .

ويتبين من هذا الفصل ان الدعاء في المقاربة ليست من اختصاص المحاكم المصرية الا في الحالتين الاتيتين .

الحالة الاولى : عندما يكون الاطراف جميعا من الاجانب ففي هذه الحالة تكون الدعوى المقاربة من اختصاص المحكمة المصرية . ولكنها لا تطبق لقانون المدني على هذه الدعوى ، وانما تطبق الفقه الاسلامي ، بدليل ان الفصل المذكور ينص على وجوب اضافة مسلمين لهما صفة مستشارين ليضمن تطبيق الفقه الاسلامي .

الحالة الثانية : حينما تكون الدعوى متعلقة بالحياة التي يسميها ظهير الالتزامات والمعقود ، فانها تكون من اختصاص المحاكم المصرية مهما كان احد الاطراف اجنبيا .

ثم عندما صدر ظهير 9 رمضان 1331 - 12 غشت 1913 المتملق بالتحفيظ المقاري نص في الفصل الثالث منه على ما يلي :

تختص بالنظر في المقارات المحفظة وكيفية نهائية المحاكم المحدثه بمقتضى الظهير المؤرخ في 9 رمضان 1331 - 12 غشت 1913 . (اي المحاكم المصرية) .

كما اشار في الفصل الرابع الى انه : اذا حدث نزاع في شان تعيين حدود وارتفاعات مقارات متجاورة وكان بعضها محفظة والاخر غير محفظ فان المحاكم المشار اليها في الفصل السابق هي التي تقتضي في الامر دون سواها . وتطبق في هذه الحالة مقتضيات الفصل 106 من ظهيرنا هذا . ثم نص في الفصل 32 منه على ما يلي : تنضم المحكمة الى هيئتها للتقيام بمناقشات في قضية تحفيظ ولتبحث فيها - عموم مسلمين لهما صفة استشارية وذلك طبقا لمقتضيات الفصل الثالث من ظهير التنظيم القضائي بالمغرب .

وككرر هذا النص في الفصل 46 من الظهير المشار اليه الذي يتكلم على محكمة الاستئناف حيث قال : تنضم محكمة الاستئناف الى هيئتها - للقيام بمناقشات في قضية تحفيظ ولتبحث فيها - عموم مسلمين لهما صفة استشارية وذلك طبقا لمقتضيات الفصل الثالث من ظهير التنظيم القضائي بالمغرب .

وهذا يعني بطبيعة الحال ان القواعد التي تنطبق على المقار موضوع ملف التحفيظ هي قواعد الفقه الاسلامي سواء فيما يتعلق بالحقوق العينية المقاربة التي تكون موضوع النزاع او فيما يتعلق بقواعد الاثبات التي يستعملها اطراف النزاع .

وهذا يتبين ان المازجات المقاربة المتعلقة بمقار غير محفظ والتي تقع بين المقاربة او بين مقاربة واجانب كانت من اختصاص المحاكم الشرعية . ولم يكن طلب تحفيظ المقار ولا الاجراءات الادارية اللازمة للتحفيظ من تحديد ومسح ووضع احجار او علامات على الحدود يرفع يد القضاء الشرعي عن هذا المقار بل انه كان يبقى خاضعا لهذا القضاء الذي ان يحتج بعدم طلب التحفيظ الى المحكمة المصرية وحينئذ يصبح جميع النزاعات المتعلقة بحولته من اختصاص هذه المحاكم .

وقد نص المجلس الاعلى على انه لا ينشأ عدم اختصاص المحاكم الشرعية للفصل

في القضايا المقارنة الا اذا رفع الحافظ على نزاع العقابي للمحكمة المختصة . وانه لا يكفي لتفعيل الحكم بعدم اختصاص المحكمة الشرعية . فتاد على وقوف العدلين على عين المدعى فيه وشهادتهما بانهما القيا حدودها احسن للمحافظة المقارنة . (1) .

وكان يشترط في قضاة المحاكم الشرعية ان يكونوا مفارسة مسلمين وان ينجحوا في المارة المعمولة للحاكم على شهادة الدرس العليا بقسم العلوم الدينية والفقه الاسلامي لمعهد القريين ، وللمعلماء القديين بقوائم الرسمية وليست لهم شهادة الدروس العليا بقسم العلم الدينية والفقه الاسلامي بمعهد القرويين ، وللمعلماء الغير القديين بالقوائم الرسمية بمدة ان يتقوا في خمسة اعوام في خطبة المدالة (الفصل الاول والثالث من ظهير فاتح رجب 1356 - 11.5.37 .

وقد ذكرنا ان هؤلاء القضاة كانوا يطبقون الفقه الاسلامي ، سواء فيما يتعلق بقواعد الموضوع او باجراءات المطرة .

ومن المعلوم ان هذه القواعد لم تكن حجة ولا مقنعة ، وانما كان على القضاة ان يرجعوا الى كتب الفقه لمعرفة القواعد التي يطبقونها على القضايا المعروضة عليهم . غير انه ابتداء من سنة 1916 شرع في تنظيم قواعد المطرة التي يجب تطبيقها امام المحاكم الشرعية .

وهكذا صدر بتاريخ 20 رجب 1333 موافق فاتح يونيو 1916 منشور من وزير المدلية في كيفية اجراء المطرة الشرعية تضمن بعض القواعد الجوهرية للمرافعات . تختار منها ما يلي :

(1) وجوب بيان الاطراف وموضوع الدعوى . وانه اذا ادعى المدعى شيئا بيد غيره فيكفي الحائز المدعى عليه جوبه بالحوز والملك ولا ينزع الشيء المدعى فيه من يملكه ، وكذلك المدعى حينئذ بالاثبات بما ينفعه شرعا لاثبات ما يدعيه ، وتجري الدعوى على قاعدة الاستحقاق (الفصل الاول) .

(2) وجوب بيان الدعوى بياناً شاملاً حتى لا يكون فيها ابهام ولا اشكال ، فان كانت في ارض مثلاً بينت حدودها والمكان الذي هي فيه ووقت تراصي الترامس عليها ، وسبب سكوت المدعى ان سكوت مدة طويلة ، (الفصل الثالث) .

(3) ينبغي للقاضي ان يشارع الملم ويختار امثل من يوجد منهم وافضلهم علماً ونياً (الفصل الثامن عشر) .

ثم صدرت بعد ذلك عدة ظهائر ومضامات في موضوع المرافعات والمسطرة الواجب اتباعها لدى المحاكم الشرعية .

(1) الحكم المدني عدد 250 بتاريخ 23 يناير 196 . منشور في مجموعة اجتهادات قضائية لمبارك رشيد عبد عيسوي مابسوع على استانجيل . المجموعة 4 صفحة 18 .

ومن ذلك الظهير الصادر بتاريخ 12 صفر 1363 الموافق 7 يناير 1944 في شأن تنظيم محاكم القضاة، والذي نص الفصل 25 منه على اختصاص هذه المحاكم فيما يتعلق بالمقار جميع الدعاوى المتنازعة من استحقاق وعنفه وصفة ومخارج استثناء ما ينص عليه ظهير 12 غشت 1913 المذكور سابقا، والدعاوى المتعلقة بحري الجماعات (الفصل الرابع عشر من الظهير 5 رمضان 1364 الموافق 14 غشت 1945 . نصير للظهير الصادر في 26 رجب 1337 الموافق 27 أبريل 1919) .

وفيما يتعلق بالاختصاص الثنائي للظهير المذكور على اختصاص محكمة القاضي الموجود بمنازلها القضائية المختارة المتنازع فيه . وان كان نزاع يشمل عدة اصلاخ موجودة بمنازل مختلفة ، فان وزير العدل هو الذي يقرر القاضي الذي يقرر اليه بالنظر في هذا النزاع الا اذا اتفق الاطراف فعلى عرضهما على قاضي إحدى تلك المناطق . وفي فجر الاستقلال صدر الظهير المؤرخ في 22 شعبان 1375 الموافق لربيع ابريل 1956 المعلق بتنظيم المحاكم المدنية والتي تنظر في القضايا المدنية والتجارية والجنائية باستثناء ما يلي :

أولا / القضايا التي هي من اختصاص المحاكم العصرية .

ثانيا / المسائل المتعلقة بالملك العقاري وأماجات الخاصة بنظام الاحوال الشخصية والميراث التي هي من اختصاص المحاكم الشريعة " الفصل الخامس " . ثم صدر كمل من الظهير المؤرخ في 5 جمادى الاولى 1376 الموافق 8 دجنبر 1956 . في شأن تنظيم محاكم القضاة . والظهير المؤرخ في 23 جمادى الاولى 1377 الموافق 16 دجنبر 1957 في شأن اعادة تنظيم المسطرة المتبعة لدى محاكم القضاة .

وقد نص الظهير الاخير في الفصل السادس منه على ان المجلس الاعلى للاستئناف الشرعي ينظر في الاحكام الصادرة من اقسام القضاة المستئناف والمروعة اليه من اجل النقض والابرام كما نص الفصل المذكور على ان اعضاء المجلس الاعلى يوزعون على قسمين .

- قسم يختص بقضايا الاحوال الشخصية والارث .

- وقسم يختص بالقضايا المتنازعة .

اما الظهير الثاني فقد تضمن المسطرة التي يجب اتباعها امام محكمة القاضي الشرعي من تقييد المقال الى ان يصدر الحكم وما يتعلق بطرق الطعن وكيفية التنفيذ . ويتبين من هذا كله ان انشاء الشعي هو الذي كان يختص بالنظر في القضايا المقارية التي تتعلق بمقار غير محفوظ . فلم يكن الاطراف جميعا من الاجانب . وان هذا القضاء كان يطبق الفقه الاسلامي على القضايا المروعة اليه ، ويتبع مسطرة خاصة مستمدة من الفقه الاسلامي وكانت في اول الامر مسطرة غير ممتدة ثم قننت اهم قواعدها .

كما تبين ايضا ان المحاكم العصرية عند ما كانت تنظر في النزاع المتعلق بمقار في طور التحفظ او في مقار غير محفوظ كانت ملزمة فيما يتعلق بالموضوع بتطبيق قواعد الفقه الاسلامي على المذهب المالكي بالخصوص ، وفي هذا يقول الدكتور محمد مهدي الجهم :

ان القواعد القانونية التي يخضع لها قضاء التحفيظ منها ما يطبق على اساس دعوى هـاي على موضوع النزاع منها كما لو كان الامر يتعلق بنزاع حول حق الشفعة او حق الارتفاق اذ هي السائدة فيها فيطبق قضاء التحفيظ مبادئ القانون الاسلامي السائدة في المحاكم العادية ~~فيما~~ فيما بين المسلمين ، ويطبق على غيرهم نفس المبادئ المذكورة عند ما لا تتعارض مع المبادئ التي ينص عليها في الحقوق الاسلامية المعروفة مثلاً بالجزاء والزينة او الجلسة ، يطبق القضاء المبادئ الاسلامية المتعلقة بذلك . (1) واستمر الامر على هذا الحال الى ان صدر قانون توحيد المحاكم في 1384 هـ الموافق 26 يناير 1965 . ففصل في الفصل الثالث منه على ما يلي : ان النصوص الشرعية والقانونية وكذلك القوانين المدنية والجنائية الجارية بها العمل حالياً تصبح الى ان تم مراجعتها ، ابقاءً للمحاكم المذكورة في الفصل الاول .

وهذا يعني انه اذا كانت المحاكم قبل التوحيد ولم يبق هناك محاكم عادية ومحاكم عسكرية . فان القانون لم يتوحد بمدة ، وانما يبقى العمل جارياً باسم هذه المحاكم الجديدة بالقوانين التي كانت تطبق امام المحاكم المختلفة ، كل في ميدانه ، بحيث يقيس قانون الالتزامات والمقود الذي كان يطبق امام المحاكم المصرية على القضايا المدنية ، ~~بالتسليم~~ امام المحاكم العادية في نفس الميدان . وكذلك الشأن في الظهير المحدد للتشريع المطبق على المقاررات المحفوظة .

وبما ان الفقه الاسلامي كان يطبق امام القضاء الشرعي في النزاعات المتعلقة بالمقار غير المحفوظ . كما كان يطبق امام المحاكم المصرية فيما يتعلق بالمقار اذ في طور التحفيظ والمقار غير المحفوظ عند ما يكون الاراء جميعاً من الاجانب يقيس ، ابقاً امام المحاكم العادية فسي نفس الميدان .

وحتى فيما يتعلق بالمرافعات لم يوجب قانون التوحيد ان تبسح المادة المدنية هي التي تباين وحدها امام المحاكم العادية ، وانما أصبحت تباين هذه المحاكم في نفس الميدان الذي كانت تباين فيه امام المحاكم المصرية . اي في القضايا التي كانت تلك المحاكم تنظر فيها . بينما بقيت المسطرة الشرعية واجهة التباين امام القضاء الشرعي ، وفي نفس القضايا التي كان هذا القضاء ينظر فيه ، ومنه قضايا المقار غير المحفوظ .

وقد نقض المجلس الاعلى حكماً يتعلق بقضية شرعية طُبقت فيه المحكمة المسطرة المدنية ، وعلى المجلس الاعلى نقضه هذا بما يلي :

" نازراً للفصل الثالث من القانون رقم 364 المؤرخ في 29 رمضان 84 الموافق 26 يناير

65 الذي ينص في فقرته الاولى على ما يلي :

ان النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجارية بها العمل حالياً تصبح الى ان تتم مراجعتها مطابقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الاول .

ونازراً للظهير الشريف رقم 336 الذي يقضي باعادة تنظيم المسطرة التبعية لدى محاكم

القضاة المؤرخ في 23 جمادى الاولى 1377 الموافق 16 دجنبر 1957 .

حيث يتجلى من حكم قسم الاستئناف الاقليمي بتطوان انه مني على الفضول 135

210. 266 من قانون المسطرة المدنية لا ابتداء.

وحيث ان قانون المسطرة الواجب ان

رقسم 336. 57. 1 المشار له اعلاه وقد استمر العمل به بقتضى الفصل ~~الـ~~ من قانون 26

يناير 1965 المشار له الى ان تتم مراجعته.

وحيث ان تلك المراجعة لم تتم لحد الآن ولم يقع اي نسخ للقوانين المعمول

بها لدى الاقسام الاستئنافية التابعة للمحاكم الاقليمية حتى يتاح لقسم استئناف بتطوان

ان يطبق قانون المسطرة المدنية المؤرخة في 12 غشت 1913.

وحيث ان قسم الاستئناف الاقليمي بتطوان قد خرق القانون باعراضه عن تطبيق نص قانوني

لم يلغ العمل به واستاده في حكمه الى قانون لم يجهد اليه في تطبيقه بنص

قانوني، نفس بنقض حكم قسم الاستئناف بتطوان عدد 21. 63. 66 (1).

وبقي الامر على هذا الضوال الى ان صدر ظهير 11 رمضان 1394 الموافق 28 شتنبر

1974 المتعلق بالمسطرة المدنية الحالية، فوفق التصرف على ان هذه المسطرة حلت

محل جميع المساطر المختلفة، ومن ضمنها المسطرة الشرعية، وانها هي التي يجب

تطبيقها في جميع القضايا، وذلك اصبحت المسطرة المدنية موحدة امام المحاكم

سواء كانت تنظر في القضايا المدنية او المقاربية، وسواء كانت الدعا في المقاربية

تتعلق بمقار محفظ او غير محفظ.

لكن الحالة بقيت على ما كانت عليه فيما يتعلق بالقواعد القانونية المطبقة على

موضوع القضايا. حيث بقي ظهير الالتزامات والمقود يقتصر تطبيقه على القضايا المدنية

والتجارية، كما بقيت القواعد الفقهية حسب المذهب المالكي هي التي تطبق على

المقار غير المحفظ.

والمتبع للقضايا المتعلقة بالمقار غير المحفظ، سواء في عهد الحماية او بعد

الاستقلال الى الآن، يجهدها حكومة طبقا للفقهاء المالكي. ولا يشر على اية قضية من هذا

النوع طبق فيها ظهير الالتزامات والمقود. وقد اثبت باحكام عديدة في القسم الاول من منه

الرسالة، كلها طبق فيها الفقه الاسلامي. ولا يريد ان اخذ عن الموضوع بالاتيان باحكام

اخرى صدرت في قضايا مقاربة غير موضوع الشفعة. واثبتت بينها قواعد الفقه الاسلامي.

ويمكن الرجوع الى مختلف المجالات والنشرات التي تتولى نشر احكام المحاكم للتأكد

من ذلك.

واكتفى بالاتيان بحكم يتعلق بموضوع الشفعة في مقار غير محفظ، بقيت فيه المحكمة

الابتدائية قواعد الفقه الاسلامي، فاستأنفه المحكوم عليه، وطلب من محكمة الاستئناف تطبيق

ظهير الالتزامات والمقود، فردت محكمة الاستئناف هذا الطلب وصححت الحكم الابتدائي.

(1) قرار المجلس الاعلى عدد 58 تاريخ 21 نونبر 1967. مجلة المحاكم

المفريسة عدد 7 - 8 - صفحة 20.

وملخص هذه القضية ان المحكمة الابتدائية بفاس ، حكمت في قضية تتعلق بشفعة عقار غير محفظ ، طبقا لما نصي به قواعد الفقه الاسلامي ، فاستأنفه المحكوم عليه الى محكمة الاستئناف بفاس ، ومنى استأنفه على ان المحكمة الابتدائية لم تطبق الفصل 974 من ظهير الالتزامات والعقود ، ^{مقتضى} قانون التوحيد المؤرخ في 26.1.65 (يقول المستأنف) قرر تطبيق جميع انصوص المدنية الواردة في ذلك امام المحاكم الموحدة . وانه كان يجب على المحكمة - على الاقل - ان تشير الى النص الذي يستثني هذا النوع من العقار . فاجابت محكمة الاستئناف بما يلي :

حيث تبين ان استئناف غير مشروع . وذلك انه فيما يخص الدفع بوجوب تطبيق مقتضيات الفصل 974 من ظهير الالتزامات والعقود فانه دفع غير جدي . اذ من المعلوم ان المطبق في القضايا المقارنة الغير محفوظة هو الفقه المالكي طبقا لظهير 22 رمضان 1384 الموافق 26 يناير 65 الفصل ^{المتعلق} الذي جاء فيه : ان النصوص الشرعية العبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا تصبح الى ان تتم مراجعتها مطابقة لدى الحاكم المذكورة في النص الاولي (1) .

ونلاحظ ان المحكمة اعتبرت ان هذا الطلب المتعلق بتطبيق ظهير الالتزامات والعقود على قضية تتعلق بعقار غير محفظ طالبا غير جدي . واستندت في رده الى نص ظهير التوحيد وذكرت انه من المعروف ان الذي يطبق على العقار غير المحفظ هو الفقه المالكي وليس ظهير الالتزامات والعقود .

وتبين من هذا كله ان الشفعة المتعلقة بعقار غير محفظ يطبق عليها الفقه الاسلامي ، ولا تخضع للانهيار المحدد للتشريع السابق على العقار المحفظ ، ولا لظهير الالتزامات والعقود .

كما ان الشفعة المتعلقة بعقار محفظ تخضع لاحكام المصوص عليها في الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقار المحفظ . وللفقه المالكي فيما لم ينص عليه في هذا الظهير .

اما احكام الشفعة المصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود . فيما انه لا يمكن تطبيقها على العقار غير المحفظ ، لانه يخضع للفقه الاسلامي ولا على العقار المحفظ فلانسه يخضع للانهيار الخاص به . فلم يسق مجال لتطبيقه الا على الشفعة في المنقول . ومعنى هذا ان المنقولات اذا كانت مشتركة بين اثنين او اكثر ، وباع احد الشركاء نصيبه لاجنبي ، فيمكن لباقي الشركاء ان يطلبوا الشفعة في ذلك الجزء المبيع ، وتطبق على هذه الشفعة الاحكام الواردة في ظهير الالتزامات والعقود .

(1) قرار عدد 77/2225 بتاريخ 24 رجب 1397 مؤلف في 12 يوليوز 1977 في القضية عدد 4275 (غير منشور) .

وقد صرنا ان الراي النالبي في اذهاب الاسلامية يسير على ان الشفعة انما تثبت في العقار او ما اتصل به دون المقطوعا للمقار من اهمية وقيمة ، ولان الشركة فيه قد تؤدي الى اضرار كبيرة ونحوها . الاضرار مدة طويلة لان العقار نفسه يبقى مدة طويلة . ولذلك شرعت الشفعة لازالة هذه الاضرار وتقليل الشركاء فيه ليتسنى استغلال ذلك العقار استفلا حنا . بخلاف القول فان اهمية اقل وقيمتها ادنى من قيمة المقار ، كما انه لا يدم لنفس المدة التي يدم فيها المقار . ولذلك لم تثبت في هذه الشفعة .

ولكن مما لا جدال فيه ان ليس المقولات اهمية قد تفوق اهمية بعض المقارات وقد تكون لها قيمة تزيد على قيمة المقار . وقد تبقى مدة طويلة ، وذلك مثل السفن والاثرات والمطارات ونحوها . وقد تكون المقولات ملوكة على الشياخ لمدته من الشركاء . ويبع احداهم نصيبه لغيره ، فمن مصلحة بقية الشركاء ان يعطى لهم الحق في شفعة ما باعده شريكهم حتى لا يدخل عليهم شيء جديد قد لا يوافقهم معه . وقد يعرقل تسيير هذه المقولات كما انهم قد لا يحبون ان يطلع عليهم اجنبي ، ولا يحبون ان يعرف اسرارهم من هو غريب عنهم .

وقد صرنا ان اغلب اذهاب الفقيه " الحنفية " والشافعية ، بالخصوص " ترى ان الشفعة لا تثبت الا في المقار دون غيره من المقولات (1) لان النصوص الواردة في الشفعة لا تتكلم الا على الشفعة في المقار . وان اصحاب المذهب المالكي يرون ان الشفعة تثبت في المقار وفيما يتصل بالمقار سواء كان اتصالا ماديا كالثمار التي لم تنفصل عن اشجارها بسده ، وكالزروع والفخل النابتة في الارض . او كان يتصل به اتصالا معنويا لاماديا ، وذلك كالمصوان الذي يخصه صاحبه لخدمة عكازه ويرصده عليه . " المقار بالتخصيص " كما اثبتوا الشفعة في الحقوق المتصلة بانتماء مثل الكراء الطويل والمادي ، ومثل الرهن والمفارسة والسهم (2) .

وهذا يعني ان الملكية تسمى في الشفعة ، وقاسوا الحقوق المتصلة بالمقار على المقار نفسه في اثبات الشفعة في تلك الحقوق ، لان الشركة في هذه الحقوق تؤدي الى نفس الاضرار التي تؤدي اليها الشركة في المقار . واذا كانت الشفعة قد شرعت في المقار لرفع تلك الاضرار عن الشركاء ، فمن المصلحة ان نقيس على المقار تلك الحقوق لتتوصل الى رفع تلك الاضرار عن الشركاء فيها .

ورايضا ان اصل الظاهر يسير على ان الشفعة تثبت في كل شيء مشترك من عقار ومنقول مما عدا المكيل والموزون . وراينا انهم يحتجون على ذلك ببعض الاحاديث والقياس السني بتلخيص في انه اذا كانت الشفعة قد شرعت في المقار فقط . وانه يقاس عليه كل شيء مشترك ليرتفع الضرر عن الشركاء بواسطة الشفعة .

(1) انظر صفحة : 65 وما بعدها و صفحة 90 . (2) انظر صفحة : 74 وما بعدها .

وقد رد الجمهور على اصحاب هذا الرأي بان الاحاديث التي يحتجون بها ضعيفة لا يمكن الاحتجاج بها امام الاحاديث الصحيحة التي ثبتت الشفعة في العقار فقط . كما انهم ردوا ذلك القياس بانهم لا يمكن قياس المنقول على المقار ، لان هناك فرقا بينهما يتجلى في ان ضرر الاشتراك في المقار اخطر من ضرر الاشتراك في المنقول نظرا لاهمية المقار واول صدة بقائه (1) .

واذا كما نتفق مع الجمهور في ان الاحاديث التي يحتج بها الظاهرية لا يمكن ان ترجح على الاحاديث التي ثبتت الشفعة في المقار فقط ، فاننا لانفق معهم في ردنا لذلك القياس الذي يتمسك به الظاهرية ، وبالاخص بعد ان اصبح لكثير من المنقولات اهمية لا تقل على اهمية المقار ، بل قد تفوق اهمية المقار . وذلك كما هو الشأن بالنسبة للبواخر والمائات والقطارات . ولذلك فاننا نرى ان المصلحة تقتضي قياس هذه المنقولات على المقارات في ثبوت الشفعة في تلك المنقولات .

وقد ثبتت بعض التشريعات العربية مبدأ ثبوت الشفعة في المنقولات المشتركة ، وذلك كالقانون المصري . والقانون الليبي . ولكنها لم تسم هذا الحق بحق الشفعة ، وانما سمته حق الاسترداد . ويمكن ان يكون السبب في هذه التسمية ان هذه القوانين استمدت احكام الاسترداد من القانون المدني الفرنسي الذي ينص على ان للورثة ان يستردوا ما باعوه احدى من اموال التركة لاجنبي حتى لا يدخل غريب عليهم يطالع على اسرارهم ، وقد يعرف كل سير تلك الاموال واستغلالها .

وبالرجوع الى الفصول التي خصصها لظهير الالتزامات والمقود للشفعة ، نجد ان تلك الفصول وردت في الباب المخصص للكلام على الشياخ او شبه الشركة ، وبدأ هذا الباب بالنص في الفصل 960 على طبيعة الشياخ ومنشأه فقال :

اذا كان الشيء او الحق لاشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياخ فانه تنشأ حالة قانونية تسمى الشياخ او شبه الشركة . وهي اما اختيارية او اضطرارية . ثم بعد ان تكلم على احكام الشياخ في الحقوق والاشياء المنقولة والمقارية ، تكلم على الشفعة في فصول اربعة هي الفصول 973 و974 و975 و976 .

وهذا يعني ان هذه الفصول وضعت ولا لتطبق على شفعة العقار والمنقول ، ثم صدر بعد ذلك الظهير المحدد للتشريع المطبق على المقارات المحفظة ، فلم تنسج تلك الفصول على الشفعة في المقارات المحفظة . اما المقارات الغير المحفظة فقد كانت وما تزال تطبق عليها احكام الفقه الاسلامي ، سواء فيما يتعلق بالشفعة او غيرها . فلم يبق حينئذ لتطبيق احكام المصوص عليها في الفصول الاربعة المشار اليها الا مجال واحد هو مجال المنقولات المشتركة دون غيرها .

وهكذا نتوصل الى تحديد مجال معين لتطبيق فيه كل نوع من التشريعات الثلاثة المشار

اليها ، وهذا المجال يحدده كما يلي : الفقه الاسلامي وخصوصا المذهب المالكي :
يطبق على الشفعة في المقارات غير المحفوظة . ظهير الالتزامات والمقود يطبق على الشفعة
في المنقول . القانون العقاري يطبق - بطبيعة الحال - على المقار المحفوظ .

وهذا يكون تشريعا متكاملا مع التشريعين المصري والليبي اللذين فصلالا بين الشفعة في
المنقولات والشفعة في المقار . ونصا على احكام الشفعة في المنقولات ضمن الفصول المخصصة
كلاما على احكام المنقولات المشاعة . وان كانا قد سميا هذه الشفعة بحق الاسترداد ، وسماها
شعر المغربي بالشفعة . وهذه التسمية الاخيرة اولى لانها تشير بانها مستمدة من
الفقه الاسلامي لامن القانون الفرنسي ، خصوصا وقد رأينا ان المذهب الظاهري وهو من
فقه الاسلامي يرى ثبوت الشفعة في المنقول . كما ان القانون الفرنسي لم يثبت الشفعة
في كل منقول ، وانما اثبتها في مجموع اموال التركة التي انتقلت الى الورثة . وهذا ما
لم يسر عليه اي من التقنيين المصري والليبي ، وانما نصا على ثبوت الشفعة في كل منقول
محترك .

يمتد هذه المقدمة التي تبين لنا منها ان احكام الشفعة المنصوص في الظهير
المحدد للتشريع المطبق على المقارات المحفوظة . تطبق على المقارات المحفوظة وعلى الحقوق
العينية العقارية المتعلقة بها .

وان احكام الشفعة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والمقود تطبق على
الشفعة في المنقولات المشتركة . بينما تبقى المقارات غير المحفوظة وما يتصل بها
خاصة في شفعتها للفقه المالكي .

ونظرا الى ان احكام الشفعة في المقار ، مستمدة كلها من الفقه الاسلامي ، فانه
يجب الرجوع الى هذا الفقه ، وبالاخص منه ما هو منصوص في المذهب المالكي فيما
يتعلق بالشفعة في المقارات المحفوظة عند ما لا يوجد في الظهير المحدد للتشريع
المطبق على المقارات المحفوظة نص يطبق على نازلة معينة .

وهذا ما صرح به الفصل 106 من الظهير المحدد للتشريع المطبق على المقار المحفوظ
نفسه بقوله : ان مقتضيات القانون الاسلامي التي لا تتعارض مع هذا الظهير ولا مع قانمون
الاحوال الشخصية ولا مع قواعد العرف لاصحاب الحقوق العينية تطبق على المقارات المحفوظة
على الحقوق الراجعة لها في حالة ما اذا كانت متداخلة مع نوع الحقوق والتحملات المبنية
في الرسم العقاري .

وعند ما تتعدد الاقوال في المذهب المالكي حول الحكم الذي يطبق على القضية
التي يبحث عن حكمها ، يجب تطبيق ما جرى به العمل ، فان لم يوجد فيطبق
القول الراجح ، ثم المشهور . وذلك لان هذه هي الطريقة التي يجب على القضاة ان يتبعوها
عند بحثهم على احكام القضايا التي تعرض لهم مما يتطلب عليه الفقه الاسلامي .

وما اتنا ذكرنا في القسم الاول من هذا الكتاب احكام الشفعة في الفقه الاسلامي ، ومن ضمنها الاحكام المخصوص عليها في الفقه المالكي ، وهي الاحكام التي تطبق في شفعة المقارات غير المحفظة ، والحقوق المتصلة بها ، وما ان هذه الاحكام هي التي تطبق في شفعة المقار المحفوظ ، وفي شفعة المنقول . فيما عدا ما نص عليه الله تعالى من المحدد للتشريع المطبق على المقارات المحفظة ، وما نص عليه ظهير الالتزامات والعقود بالنسبة للمنقولات . مما يشال في الاحكام المذكورة في القسم الاول ، وهي مخالقات قليلة جدا ، كما سوف نرى ، فاننا في دراستنا للشفعة في المقار المحفوظ لن نعيد جميع ما درسناه في القسم الاول ، لان ذلك يعتبر تكرارا لافائدة منه ، وانما نحيل على ذلك القسم لمعرفة تلك الاحكام . وسكتفي بالتعويض لشرح نصوص الفصول الخاصة بالشفعة . فنعرض باختصار للاحكام الواردة فيها مع الاحالة على القسم الاول فيمما يرجع للتفاصيل .

وسنقسم دراستنا للشفعة في كل من المقارات المحفظة والمنقولات الى بابين . نخصص الباب الاول للشفعة في المقارات المحفظة والحقوق العينية المقارنة المتصلة بها . ونخصص الباب الثاني للشفعة في المنقولات .

الباب الأول الشفعة في المقاربات المحفظة

نقسم هذا الباب الى فصلين نتكلم في الفصل الاول منها على اركان الشفعة .
ونتكلم في الثاني على اجراءات الشفعة واحكامها .

وقبل ذلك نشير الى ان الظهير المحدد للتشريع السابق على المقاربات المحفظة عرف الشفعة في الفصل 25 بقوله : الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين عقارات او حقوقا عينية عقارية في ان ياخذ الحصة المبيعة بدلا من مشتريها بمقدار اداءه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا يبلغ ما ادخل عليها من تحسينات وما ادى عنها من مصاريف لازمة للعقد .

وهذا التعريف يكاد يكون مطابقا للتعريف الذي عرف به ابن عرفة الشفعة حسب المذهب المالكي . وهو ان الشفعة استحقاق شريك اخذ عقارا وما يتبعه ممن تجدد ملكه الا لازم بمعاوضة جبرا بمثل الثمن او قيمته او قيمة الشقص او القدر الذي حددته الشارع في عوض الشقص . ولا يختلفان الا في بعض التفاصيل والجزئيات . ويتضح ذلك من المقارنة التالية :

أ - تعبير الفصل 25 بان الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين عقارات او حقوقا عينية عقارية . هو نفس تعبير ابن عرفة . بان الشفعة استحقاق شريك اخذ عقارا وما يتبعه .

ب - قول الفصل 25 : في ان ياخذ الحصة المبيعة بدلا من مشتريها . يقابل ما ورد في التعريف الفقهي : اخذ عقارا وما يتبعه ممن تجدد ملكه الا لازم بمعاوضة جبرا . والفرق الذي بينهما يتجلى في ان التعريف الفقهي يصرح بان الشفعة لا تكون الا فيما انتقل بمعاوضة بصفة نهائية وهذا يعني انها لا تكون في البيع بالخيار مثلا . كما يصرح بان الاخذ يكون جبرا على المشفوع منه . ولا يتعرض التعريف القانوني لهذين الحكيمين انكالا منه على القواعد العامة . ثم ان التعريف الفقهي ينص على ان الشفعة تكون في جميع صور المعاضات في حين ان التعريف القانوني يصرح بان الشفعة لا تكون الا في البيع .

ج - وقول الفصل 25 : بمقدار اداءه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا يبلغ ما ادخل عليها من تحسينات وما ادى عنها من مصاريف لازمة للعقد . يقابل ما ورد في التعريف الفقهي : بمثل الثمن او قيمة الشقص او القدر الذي حددته الشارع في عوض الشقص والفرق بين المبرتين يتجلى فيما يلي :

(1) التعريف القانوني ينص على جميع ما يجب على الشفيع ان يؤديه عند الشفعة وهو ثمن الشراء ومصاريف العقد وما ادخل على المقار من تحسينات . بينما التعريف الفقهي

يحمل ذلك كله في قوله بمثل الثمن . وقد رأينا أن الفقهاء يرون أن الشفيع يجب أن يؤدي زيادة على الثمن مصاريف المقدد وقيمة ما زاده المشتري في المقار" على تفصيل في ذلك" (1)

(2) لما كانت الشفعة في القانون العقاري لا تثبت إلا في البيع كما سنبين لنا بعد (2) ، فلذلك لم يذكر في التعريف إلا ما يجب على الشفيع أن يؤديه في هذه الحالة . بخلاف التعريف الفقهي فإنه يتضمن التعبير بالمعاوضة ، ومعرفة الماوس اعسم من البيع ، لأنها تشمل البيع ، كما تشمل القايضة وغيرها ، كما يدفع الشقص مهرا ، أو تمويضا عن ضرر . ولذلك ناسب أن يتناول التعريف ما يدفع الشفيع للمشفوع منه في جميع صور الماوضات ، فذكر أن الشفيع يدفع للشفيع هذه الما الثمن إذا كانت الحصة قد آلت إليه بشراء ، أو يدفع له قيمة تلك الحصة في حالة ما إذا حصل عليها المشفوع منه من زوجته مقابل طلقها مثلا ، أو يدفع له قيمة ما دفعه عوضا عنها كما إذا كان قد حصل على تلك الحصة مقابل مائة مثلا ، أو يدفع له القدر الذي حددته الشرع للضرر الذي أخذ الحصة عوضا عنه كما لو قطع شخص يد غيره ودفع له الحصة عوضا عن ذلك الضرر .

وممكننا تبين لنا أن التعريفين مما مقاربان وأن اختلافنا في بعض الجزئيات والتفاصيل .

ولا المكس ، لانه ليس بيدها شركة على الشياع .

ج - الشريك في جبره او حائط . اذا باع شريكه في تلك الارض عقاره او حقا عينيا يتعلق بذلك المقار .

والقانون النقي الشريبي يقرر في هذا على المذهب المالكي الذي يرى ان الشفعة لا تنبت ~~للا~~ الثلثة . وهذا يخالف قوانين البلاد العربية الاخرى التي عطي كلها الحق في الشفعة للجار في احوال خاصة . هي ملكية الطوابق " العلو والسفل " بالنسبة للقانون اللبناني ~~في~~ العراق . وللشريك في ارض او حائط بالنسبة للقانون العراقي .

ومتقرر على الكس على الشريك على الشياع ، لانه هو الوحيد الذي له حق الشفعة في ظل القانون النقي الشريبي بالنسبة للعقار المحفظ ، سواء كان شريكا على الشياع في المقار ، او شريكا على التيج في حق من الحقوق العينية المقاربة .

أ) ويقصد بالمالك على الشياع في المقار من كان يملك جزءا غير مفرز من المقار كربع او ثمن او عشرة في المائة . او جزء من خمسة وستين او غير ذلك من النسب . سواء كان يملك هذا العيب ملكية تامة تجتمع عناصر الملكية كلها من استعمال واستغلال وتصرف . او كان يملك الرقبة دون حق في الاستعمال او الاستغلال او التصرف .

ب) ويقصد بالشريك على الشياع في حق من الحقوق العينية المقاربة الشخص الذي يملك جزءا شائعا من احد الحقوق العينية المقاربة التي اشار اليها الفصل 6 من التمهيد المحدد للتشريع المطبق على المقارات المحفوظة .

ولكن لما كانت بعض هذه الحقوق مما لا يمكن لصاحبها ان يتصرف فيها بالبيع للغير " كما سيأتي بيان ذلك مفصلا عند الكلام على المشفوع " فاننا نكتفي هنا بتعداد الحقوق العينية المقاربة التي يثبت للشركاء فيها الحق في الشفعة . وهي :

- (1) حق ملكية المقار .
- (2) حق الانتفاع بالمقار .
- (3) الاجراس .
- (4) الكراء الطويل الامد .
- (5) حق المطحونة .
- (6) الرهن الحيواني .
- (7) حقوق الارتفاق والتكاليف المقاربة التي تتبع المقار المرتفق .
- (8) الحقوق العرفية الاممية كالجزاء والزينة والجلوس .

والمسماة .

وكل شريك على الشياح في حق من هذه الحقوق يثبت له الحق في شفعة الحصة التي يبيعها شريكه في ذلك الحق . مهم كانت نسبة الجزء الذي يملكه الشريك الطالب للشفعة بالنسبة الى الحصة التي يبيع شفعته .

ثانيا : لا يجوز تجزئة الحصة مبيع الشفعة

القاعدة العامة التي يجب على المدين يتقيد بها عند مطالبتة بالشفعة . ان الشفعة يجب ان تقع على كل الحصة الشارة ، وان المشفوع منه لا يرغم على تكوين الشريك من شفعة بعض الحصة فقط ، لان ذلك ينعض للشفعة على المشتري . وقد يحتج بان صلحه تقتضي اما الاحتفاظ بالحصة التي اشتراها واما ان تشفع كلها من يده .

وما ان العقار الشايع او الحق المبيع الشايع يكون تارة مشتركا بين اثنين ، وتارة يكون مشتركا بين اكثر من اثنين . وهذا يعني ان الشفع يكون تارة واحدا ، وتارة يكون متعددا . فاذا باع الشريك حصته الشائعة ، وطلب شريك واحد الشفعة ، فيجب عليه ان يشفع جميع تلك الحصة المبيعة . ولا يمكنه ان يشفع بعض تلك الحصة الا اذا قبل المشتري ذلك ، واذا طالب اكثر من شريك الشفعة وجب عليهم ان يحضروا هذه الحصة بينهم . ولا يجوز لهم ان يرغموا المشتري على تكوينهم من شفعة بعضها فقط .

وكذلك اذا كان مخصصا او اكثر شركيين في أكثر من عقار ، وباع احدهما حصته في تلك المقارات في صفقة واحدة . فان شريكه " واحد اكان او متعددا " الذي يطلب الشفعة يجب عليه ان يشفع جميع الحصص ولا يمكنه ان يشفع احدى الحصص التي وقع عليها البيع او ان يشفع جزءا من كل حصة .

وقد اصدرت محكمة الاستئناف بالرباط في قضية تتعلق ببيع اربع وعشرين حصة في اربع وعشرين رسما عقاريا بمقد واحد وسجل هذا البيع في عشرين رسما منها وتأخر تسجيل البيع في الباقي فقام الشريك بطلب الشفعة في العشرين المشار اليها فحكمت المحكمة المذكورة بعدم صحة البلية لانه لا يجوز تجزئة الصفقة .

ولكن يؤخذ على هذا الحكم انه قد يؤدي الى حرمان الشريك من الشفعة . لان الشريك قد يبيع حصته في عدة عقارات محنطة بمقد واحد . ثم يقوم المشتري بتسجيل شرائه في بعضها فلا يتانس للشريك ممارسة الشفعة في الجميع لانه لا يمكنه ان يطلب الشفعة الا في البيع الذي وقع تسجيله . ولا يمكنه ان يطلب شفعة ما تم تسجيله فقط ، لان ذلك يؤدي الى تجزئة الصفقة على المشتري .

ولذلك يمكن القول بان المقصود بعدم تجزئة الصفقة بالنسبة للعقار المحفظ . انه لا يجوز تجزئة الحصة او الحصص التي بيعت بمقد واحد ، والتي تكون مسجلة في رسم عقاري واحد . وهذا يعني انه اذا بيع عدد من الحصص في عدة عقارات لها رسوم مختلفة فنان للشريك الحق في شفعة بعضها دون البعض ولو وقع بيع الجميع في عقد واحد ومذاك نتمكن

من محاربة تهريب المشتري من الشفعة الثابتة للشريك (1)

وكذلك لا تجوز تجزئة الصفقة فيما اذا باع شريكان او اكثر حصصهم في عقد واحد ، او باع احد الشركاء او اكثر حصته او حصصهم لاكثر من مشتر واحد في عقد واحد . ففي جميع هذه الحالات يجب ان تقع الشفعة على جميع ما اشتمل عليه عقد البيع . وهذا ما صرح به الفصل 34 بقوله يجب الاخذ بالشفعة في مجموع الحصص المهيمنة على الشئ لا في جزء منها .

ومنا النص يكون التقنين المغربي قد تبنى قول ابن القاسم الذي يرى انه يجب على الشفيع ان يشفع جميع ما وقع عليه البيع في صفقة واحدة ، سواء كانت الحصة المهيمنة واحدة او متعددة ، وسواء كان البائع او المشتري واحدا او متعددا . وهذا ما يسير عليه الاجتهاد القضائي ، فقد ايدت محكمة الاستئناف بالرباط حكما اصدرته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الفت فيه طلب الشفعة ، لان الشفيع طلب شفعة ما اشتراه احد المشتريين دون الباقيين ولم يعرب عن رغبته في شفعة جميع ما وقع عليه البيع . وقد ورد في حكم محكمة الاستئناف المذكورة ما يلي :

وانه من الثابت فعلا ان عائشة بنت الجيلالي كانت تتوافر على جميع البيانات بمجرد ما بلغ اليها من طرف محمد بن عبد السلام شراء هذا الاخير ، وموعدة بن غانم ، وحالح بن الخطاب ، ومبارك بن محمد . قصد احتمال استعمال حق الشفعة .

وان البيع من جهة اخرى ، كان يشمل الحقوق المشاعة التي يملكها ابناء محمد بن علي ، وارطنته ، ومريم بنت علي . وانه كان يجب بالتالي على عائشة تطبيقا للفصل 34 من ظهير 1915 وفي الاجل المحدد في الفصل 31 من نفس الظهير ، ان تستعمل حق الشفعة ضد جميع المشتريين ، وبالنسبة لجميع الاجزاء المهيمنة لا بالنسبة لبعض هذه الاجزاء فقط . (2)

ويظهر من هذه الحثيات ان القضية تتعلق بمقدار باع بمقتضاه بعض الشركاء الاجزاء التي يملكونها لعدد من المشتريين فقام احدهم وهو محمد بن عبد السلام بتبليغ هذا البيع للشركة عائشة بنت الجيلالي التي قامت باستعمال حق الشفعة فيما اشتراه محمد بن عبد السلام المذكور دون بقية المشتريين فحكمت المحكمة بعدم صحة طلبها للشفعة لكونها لم تطلب شفعة جميع ما وقع عليه العقد ، وضد جميع المشتريين المذكورين فيه .

(1) من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 206 . والحكم المذكور صدر بتاريخ

15 يونيو 1944 ونشر بقرارات محكمة الاستئناف جزء 12 صفحة 464 .

(2) الحكم رقم 2483 بتاريخ 6 ابريل 1943 منشور قرارات محكمة الاستئناف بالرباط . تمريض

محمد بن العربي الجبوري صفحة 434 .

وينبغي على ما صرح به الفصل (34) المذكور انه اذا تعدد الشركاء ، وابع بعضهم نصيبه للغير ، ولم يطلب الشفعة الا احد الشركاء الباقين ، فلا يحق له ان يطلب الشفعة على قدر نصيبه فقط . كما انه لا يلزم بان يشفع على قيدير ذلك النصيب فقط . وانما يجب عليه ان يشفع الجميع ، كما ان من حقه ذلك .

وقد عبرت محكمة الاستئناف بالرباط عن هذه القاعدة بقولها :

ينبني من امتزاج الفصلين 26 و 34 من ظهير 2 يونيو 1915 انه في حالة ما اذا تنازل الشركاء في الملك عن حقهم في استكمال الشفعة باستثناء واحد منهم فان هذا الاخير ملزم باستكمال حق الشفعة بالنسبة لمجموع الحصة الهيمية لا بالنسبة لجزء من هذه الحصة .

وانه نتج مما سبق ان صالح بن محمد محق باسترداد الحقوق الهيمية للسيدة بي تزياني حسب الطريقة التقليدية للشفعة ، و ملزم باستكمال حق الشفعة بالنسبة لمجموع تلك الحقوق ايضا (1) .

كما ان نفس المحكمة الفت حكما صادرا عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء حينما قضى بصحة طلب الشفعة الذي اقتصر فيه الشافع على شفعة الاجزاء الهيمية في اربع قطع في حين ان البيع وقع على اجزاء شائمة في اربع وعشرين قطعة ارضية لكل قطعة منها رسم عقاري خاص . وعللت محكمة الاستئناف حكمها هذا بما يلي :

وحيث فيما يرجع للنقطة الثانية ان عدم تجزئة الاسترداد (الشفعة) موضح كل الوضوح في الفصل 34 من ظهير 2 يونيو 1915 الذي ينص على ان : يجب الاخذ بالشفعة في مجموع الحصص الهيمية على الشيع لا في جزء منها .

وان هذا النص واضح ، وان الجزء من الجملة " مجموع الحصص الهيمية على الشيع " لا معنى له آخر سوى مجموع الحصص الهيمية . وان الحالة المحتملة تهم بيع عدد من الحصص المشاعة في عقار او عقارات .

وان اعتبار استرداد المستأنف عليها صحيحا ، يخالف مبدأ عدم تجزئة الاسترداد . ونحو مبدأ أساسي في مادة الشفعة (2) .

وقد سبق ان عرفنا انه اذا تعدد المشتري في عقود متعددة فان الصحيح انه يجوز للشريك ان يشفع من بعض المشتريين دون بعض ، لانه قد يرضى بشركة بعض المشتريين دون البعض ، كما انه ليس هناك تمييز للشفقة ما دام الشريك سيشفع من ذلك المشتري جميع ما اشتراه .

(1) قرار عدد 2606 وتاريخ 22 يونيو 1944 منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط ترجمة محمد ابن العربي المجلد 573 . ويظهر انه لو اتفق الشافع والمشفوع منه على ان يشفع الشافع بعض الحصص الشفوية لجاز ذلك .

(2) قرار رقم 2600 وتاريخ 15 يونيو 1944 منشور بنفس الكتاب صفحة 566 .

ومعلوم انه لم تتحدد الصفقة بحيث باع الشريك جزءاً من حصته لشخص
ثم باع جزءاً من حصته لذلك الشخص او لغيره. او باع كل شريك حصته على حدة. او باع
الشريك حصته في عقد شخص، وحصته في عقار آخر لذلك الشخص او لغيره، ولكن في عقود
مختلفة. فان لشركاء شركة ان يشفّعوا ما شاؤوا.

ثالثاً : حق الشفعة.

اذا تعدد الشركاء باع احدهم حصته فطالب الآخرون بالشفعة فالحكم كما يلي :

(1) اذا كان كل الشركاء كلهم واحداً، بان كانوا جميعاً في درجة واحدة،
وذلك كما لو احتوى بيعة اشخاص عقاراً ثم باع احدهم نصيبه. وكما لو كان لشخص
عقارات ترك ثلثتها لثلاثة بنين. ثم باع احد الابناء او احدى البنات نصيبه.
فان الشركاء الباقين في التالين مساوون في الشفعة. ولهذا فانهم يستحقون الشفعة
كلهم وتوزع عليهم الحصة المشفوعة بحسب ما يملكه كل واحد منهم في ذلك العقار.
فان تنازل بعضهم عن الشفعة (او كان بعضهم غائباً مثلاً) فان الحصة
توزع بين الشركاء التالين للشفعة على حسب نصيب كل واحد منهم. وان لم يطلب الشفعة
الا شريك واحد منهم حسب عليه ان يشفع تلك الحصة كلها، ولا يحق له ان يطلب
تكنيه من الشفعة على قدر نصيبه فقط. ما دام المشتري يرفض ذلك.

وقد سبق لنا ان توزع الحصة بين الشركاء المتعددین على حسب ما يملكه كل
واحد منهم هو الولي الذي يتمسك به المالكية وهو الراي الراجح من حيث الدليل (1).
ولذلك تمسك به المشرع المصري، والمصري، والليبي، واللبناني.

فقد نص الفصل 26 من ظهير 19 رجب 1333 على ما يلي : يمارس هذا الحق على نفس
المقار من طرف جميع الشركاء كل بقدر نصيبه. فان تنازل البعض منهم فان هذا الحق يمارسه
الباقون بقدر حصصهم.

نصت المادة 934 من القانون المدني المصري في الفقرة الثانية على ما يلي : اذا تراحم
الشفعاء من اربعة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

وهو نفس نص الفقرة الثانية من المادة 941 من القانون المدني الليبي.

نصت المادة 240 من القانون المدني اللبناني المعدلة بقانون 5 شباط 1948 على

ما يلي :... واذا تراحم الشفعاء من ثثة واحدة في الاحوال الاربعة الاولى المهيئة في
المادة السابقة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

ولم يصر الى رأي الحنفية الذين يرون ان الحصة المشفوعة توزع بين الشركاء المتعددین
والمستحقين للشفعة على عدد رؤوسهم بقطع النظر عما يملكه كل واحد منهم. الا القانون

المراعي حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 1131 على ما يلي :... واذا تراحم الشفعاء

من اربعة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي.

(2) أما إذا كان الشركاء غير متساوين في المدخل ، فإن كان بعضهم أولي من بعض في الشفعة فإن كان بعضهم شريكاً باليمنى الاخص ، وبعضهم شريكاً باليمنى الاعم . فإن الشريك الاعم يقدم على الشريك الاخص ، ويأخذ الحصة كلها ان كان واحداً ، ويقسمها مع من في درجته قدر ما يملكه كل واحد منهم . ولا يستحق الشريك الاعم الشفعة الا اذا تامل عيب الشريك الاخص . ولم يتقدم لطلبها ، في الوقت الذي طلبها الشريك الاعم ، ورضي الشريك الاخص بان يشترك معه الشريك الاعم في شفعة الحصة .

وقد سبق ان بينا ان الشفعة ودرجات الشركاء ومن يتقدم منهم ومن يتأخر (1) ، ولا نحتاج الى اعادة كل ذلك ، وإنما نكتفي بالاحالة على ذلك الموضوع مع الإشارة الى ان جمع ما ذكرنا هنا يطبق على المقارنات المحظرة . وذلك بصريح الفصل 30 الذي يقول : ان حق الاولوية في طرسة الشفعة يبقى الممل جارياً بها بين المسلمين وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية .

مناسبة الحال لا يمكن تطبيق حق الاولوية فيما اذا كان الشركاء غير مسلمين . وإنما يرجع حينئذ الى تطبيق القاعدة العامة التي تقتضي بان الحصة المشفوعة توزع على جميع الشركاء الذين طالبوا بالشفعة بقدر نصيب كل واحد منهم في المال المشاع . وهذا الحكم لا يثير أية مشكلة عندما يكون جميع الشركاء غير مسلمين . ولكن المشكلة تثار عندما يكون المقارن شركاً بين مسلمين وغير مسلمين . ثم يبيع احد الشركاء - مسلم او غير مسلم - حقه وطلب باقي الشركاء الشفعة . فهل تطبق قاعدة الاولوية ، او توزع الحصة على جميع الشركاء من غير مراعاة لمراتب الشفعة .

ولتوضيح ذلك نأتي بهذا المثال : لو فرضنا ان مسلماً وغير مسلم كانا شريكين في عقار بنسبة الثلثين للمسلم والثلث للآخر . ثم مات المسلم وترك زوجتين وبنين وعمين ثم باعت إحدى الزوجتين نصيبها وطالب الجميع بالشفعة . فهل تطبق قاعدة الاولوية التي تنص على الحق في الشفعة للزوجة وحدها . او تلغى هذه القاعدة نظراً لكون احد الشركاء غير مسلم ، وحينئذ توزع الحصة على جميع الشركاء على قدر نصيب كل واحد منهم او تطبق القاعدة بين مسلمين معاً . بحيث يشفع غير المسلم على قدر نصيبه ، ويشفع الشريك الاخص من المسلمين الباقي .

نرى ان هذا الحل الأخير هو الذي يجب تطبيقه عندما يكون بعض الشركاء مسلماً وبعضهم غير مسلم ، لان هذا هو الحل الذي يقتضيه تطبيق الفصل 30 الذي يوجب مراعاة الاولوية بين الشركاء المسلمين فقط . مما يعني انه لا مجال لتطبيق هذه القاعدة على غير المسلمين .

هنا على ذلك لو باع شريك غير مسلم حصته الشائعة ، فإن جميع الشركاء يستحقون الشفعة ، لا فرق بين مسلم وغيره . وتوزع تلك الحصة بينهم على قدر نصيب كل واحد منهم في تلك

المقارن .

- ولو باع شريك مسلم حصته فان الشريك غير المسلم - واحداً او متعددا - يستحق الشفعة بحسب نصيبه في العقار . ونصيب المسلمين من تلك الحصة يطبق عليه حق الاولوية بحيث يختص به الشريك الاخص واحداً كان او متعددا .

ففي المثال المذكور اعلاه يستحق الشريك غير المسلم شفعة ثلث الحصة التي باعها ، احدى الزوجتين ، وتأخذ الزوجة الثانية ثلثيها . وهذا تكون قد طبقنا نص الفصل 30 الذي يصرح بان مراعاة الاولوية انما تجب بالنسبة للمسلمين .

ومن الواضح انه لا يطبق هذا الحكم بالنسبة للمقارنات غير المحفظة ، لان حقوق الاولوية يجب ان تراعى دائماً ، سواء كان الشركاء جميعاً مسلمين او كان فيهم غير مسلم . وهذا يعني ان الشريك غير المسلم في مثالنا السابق لا يستحق الشفعة فيما باعته احدى زوجات الشريك المسلم . لان غير المسلم يعتبر شريكاً اعم .

ويتجلى من هذا كله ان تشريع هذا الفصل الذي يقتضي قصر تطبيق حقوق الاولوية بين المسلمين فقط ، قصد به المشرع (وهو غير مغربي وغير مسلم بالطبع كما هو معروف) تمكين الشريك غير المسلم من الشفعة حتى عندما يكون شريكاً اعم . وهذه محاباة وتسخير للقانون لصالح فئة خاصة وهي اجنبية في الغالب على حساب المغربي المسلم الذي يمثل الغالبية العظمى التي يطبق عليها هذا القانون . وخصوصاً بعد قانون التوحيد .

ولهذا يجب تفسير هذا الفصل " اي الفصل 30 " بالنص على ان حقوق الاولوية في ممارسة الشفعة يقيى العمل جارياً بها بين الشركاء وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية كلما كان بعض الشركاء مسلماً .

رابعاً : اذا كان المشتري احد الشركاء .

اذا كان المشتري احد الشركاء ، وذلك كما اذا باع شريك حصته لشريك آخر ، وطالب باقي الشركاء بالشفعة . فان ذلك الشريك المشتري يعامل كما لو كان شريكاً يطلب الشفعة ، وليس مشترياً ، ومعنى هذا ان هذا الشريك اذا كان اولى من غيره من الشركاء ، فلا يستحق احدهم الشفعة حينئذ ، واذا كان الشركاء الآخرون او بعضهم اولى منه بالشفعة فانهم يستحقون شفعة جميع ما اشتراه فبأخذونه منه ويوزعونه بينهم حسب نصيب كل واحد منهم . واذا كان هذا الشريك المشتري في درجة الشركاء الطالبين للشفعة ، فانه يستحق الشفعة ايضاً بحيث يترك له جزء من الحصة على قدر نصيبه الذي كان يملكه قبل الشراء . وهذا هو النص عليه الفصل 29 بقوله : كل شريك في الملك يشتري جزءاً من العقار يصبح مشاركاً في مائة الاخذ بالشفعة كغيره من باقي الشركاء بقدر الحصة التي كان يملكها قبل الشراء . وهذا هو الحكم الذي يطبق على المقارنات غير المحفظة كما سبق ان عرفنا (1) .

ولكن هذا الحكم مخالف لما نص عليه الفصل 974 من الالتزامات والمعقود المدني ينص على ان الشفعة لا تثبت الا عندما تباع الحصة لاجنبي . وسياتي لنا ان هذا الفصل لا يطبق الا في شفعة المنقول الشائع دون العقار المحفظ الذي ثبت فيه الشفعة سواء بيعت الحصة منه لاجنبي او لأحد الشركاء تطبيقا للفصل 29 الذي يجنب تطبيقه على شفعة العقار المحفظ . دون العقار غير المحفظ الذي يخضع لاحكام الفقه الاسلامي وقد عرفنا ان هذا الفقه يقضي بالشفعة ضد كل من انتقلت اليه الحصة مشاعلا . سواء كان اجنبيا او احداً الشركاء .

وان كانت القوانين المصرية والليبية واللبنانية خالفت هذا الحكم ، ونصت على ان الشفعة في العقار لا تثبت الا اذا كان المشتري للحصة الشائعة اجنبيا . فقد ورد في الفصل 935 من القانون المدني المصري ما يلي : يثبت الحق في الشفعة : ... بـ ، لشريك في الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع الى اجنبي .

ويقرب منه ما نص عليه الفصل 940 من القانون الليبي . والمادة 239 من قانون الملكية المقارنة اللبناني .

خامساً : تنازل الشريك عن الشفعة .

عرفنا ان الشفعة حق يثبت للشريك عندما تنقل حصة شريكه الى شخص آخر ، وفهم من هذا ان هذا الشريك الذي يثبت له الحق في الشفعة ليس ملزماً باستعماله . وانما هو مخير في ذلك . ولهذا يمكنه ان يستعمله ويمكنه ان يتنازل عنه - بمحض اوبد ونفسه فيما اذا رضي بان تبقى الحصة في يد من انتقلت اليه .

والتنازل عن الشفعة يكون صراحة ويكون ضمياً .

* فالتنازل الصريح هو كل تعبير يصدر من الشريك الذي له الحق في الشفعة ، يفهم منه انه لا يريد شفعة تلك الحصة .

والتنازل الضمني هو الذي يفهم من الظروف والمترسبات والقرائن التي تدل على ان الشفيع يتنازل عن حقه . ويمكننا ان نمثل للتنازل الضمني بسكوت الشريك عن المطالبة بالشفعة التي ان يحضي الجلبها ، وهذا ما قرره محكمة الاستئناف بالرباط حينما قالت ، وبالفصل ، فان سكوت الشركاء الآخرين يعد بمثابة تنازلهم عن حق الشفعة (1) وقيام الشريك ببيع حصته بعد ثبوت حق الشفعة له . ومطلبه القسمة البتية من المشتري (2) وغير ذلك من الاشياء التي تكلما عليها في مسقات الشفعة (3) .

- (1) قرار عدد 2606 تاريخ 22 يونيو 1944 منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط . صفحة 573 .
- (2) قضت محكمة الاستئناف بالرباط بان مجرد قيام الشريك بتوجيه رسالة الى المشتري الجديد يطلب منه فيها قسمة العقار قسمة بتية يعتبر تنازلاً منه عن حقه في الشفعة . حكم بتاريخ 20 يراير 1929 منشور بقرارات محكمة الاستئناف لسنة 29 - 1930 صفحة 307 .
- (3) انظر صفحة 202 الى 208 .

وما انه يجب الرجوع الى قواعد الفقه الاسلامي في جميع ما لم ينص عليه القانون العقاري فلذلك نحمل على جميع احكام التنازل واحكام مسقطات الشفعة التي سبق ان بيناها عند الكلام على شفعة المقار غير المحفظ . وتطبيق تلك الاحكام على المقار المحفظ سواء فيما يتعلق بالتنازل عن الشفعة بمحض او بدونه . او بتنازل بمحض الشركاء دون بعض او باثبات التنازل . او بالتنازل عن الشفعة بمحض طلبها . او بالتنازل عن الشفعة لمسبب غير حقيقي . مع ملاحظة ان هناك بعض الفروق التي يقتضيها اختلاف وضعيتي المقار المحفظ . والمقار غير المحفظ . ومنها :

(1) انه سبق ان الفصل يجري على ان المشتري يمكنه ان يرفع دعوى ضد الشريك يطلب منه فيها استكمال حقه في الشفعة فوراً وتمكينه ما خرج من يده داخل ثلاثة ايام والا حكم عليه بسقوط حقه في الشفعة . ولا يقيس حينئذ لهذا الشريك الا ان يحضر الثمن خلال ثلاثة ايام اذا قرر استكمال حقه في الشفعة وان مر هذا الاجل ولم يقم بذلك سقط حقه في الشفعة .

فان لم يرفع المشتري هذه الدعوى ضد الشريك فان هذا الاخير يبقى على حقه في الشفعة الى ان يسقط بمضي المدة او بغير ذلك من المسقطات . ولا يقوم مقام هذه الدعوى اي اجراء اخر مثل اعلانه بواسطة رسالة او رسول او غير ذلك (1) .

وقد تمسك القانون العقاري بحق المشتري في مطالبة الشريك باستكمال حق الشفعة فوراً والا سقط حقه . الا انه لم يشترط ان تكون هذه المطالبة عن طريق رفع الدعوى وانما اعطى الحق للمشتري في ان يبلغ للشريك بمحض تسجيل شرائه في الرسم العقاري هذا الشراء ، وذلك اما بواسطة رسالة مضمونة او كتابة الضبط ويخبره بالثمن والمصاريف وحينئذ لا يقيس للشريك الذي توصل بهذا التبليغ الا الحق في ان يستكمل الشفعة خلال ثلاثة ايام والا سقط حقه في الشفعة . وهذا ما نص عليه الفصل 31 بقوله : ان المشتري يمكنه بعد تقييد شرائه ان يبلغه لكل من له حق الشفعة ويسقط حق هذا الاخير ان لم يمارسه داخل ثلاثة ايام من تاريخ هذا التبليغ تضاف اليها اجزاء المضافة .

وناءً على هذا فان الفرق في هذا الموضوع بين المقار المحفظ والمقار الغير المحفظ يتجلى في انه في المقار المحفظ يكفي المشتري ان يبلغ شرائه الى الشريك بواسطة رسالة مضمونة او علبس بد كتابة الضبط . في حين انه في المقار غير المحفظ لابد له من ان يرفع الدعوى الى القضاء اذا اراد مطالبة الشريك بالاعراب فوراً عن موقعه من الشفعة الواجبة له .

(2) سبق ان بينا ان الشريك اذا تنازل عن الشفعة قبل بيع شريكه لحصته او قبل علمه بهذا البيع فان ذلك التنازل لا ينتج عنه اي اثر ، ويقيس له الحق في الشفعة عند ما يبيع شريكه حصته فعلاً ، او عند ما يعلم بذلك البيع (2) .

(1) انظر صفحة : 156

(2) انظر صفحة : 269

وهذا الحكم يطبق حتى بالنسبة للمقارنات المحفوظة ، ويضاف اليه ان الشريك اذا تنازل عن حصته بعد حصول البيع فعلا ومد علمه بهذا البيع ولكن قبل تسجيل ذلك البيع في الرسم العقاري فان ذلك التنازل لا يمتد به ولا ينتج اي اثر ، وانما يقتضي لذلك الشريك الحق في الشفعة عندما يسجل البيع في الرسم العقاري . وهذا مـ صـ يصرح به الفصل 33 بقوله : لا يمكن للشركاء في الملك ان يتنازلوا عن حقهم في الشفعة قبل تسجيل الشراء بالكتاش العقاري والا كان تنازلهم باطلا . وقد طبق القضاء فعلا هذه القاعدة (1) .

ويلاحظ ان المشرع اعتبر ان تقييد الشراء في السجل العقاري هو القرينة الوحيدة - حتى فيما بين الشريك والمشتري - على علم الشريك بانتقال الحصة الى المالك الجديد ، وانه لا يمتد به العلم الواقع قبله حتى لو ثبت . وذلك تشبيها مع ما صرح به الفصل 67 من ظهير 9 رمضان 1331 موافق 12 غشت 1912 بشأن التحفيظ العقاري الذي ينص على : ان الافعال الارادية والاتفاقات التماقدية الرامية الى تأسيس حق عيني او نقله الى الغير او الاعتراف به او تغييره واسقاطه لا تنتج اي اثر ولو بين الاطراف الا من تاريخ التسجيل . (3) سبق ان ذكرنا ان الشريك اذا تنازل عن الشفعة لسبب غير حقيقي ، كما اذا اكتسب عليه البائع او المشتري او من له علاقة باحدهما في الحصة المبيعة ، او في شخص المشتري ، او في عدد المشترين فان حقه في الشفعة لا يسقط بذلك (2) . ولا يمكن تطبيق هذا الحكم في ظل القانون العقاري ، لان الرسوم العقارية تحتوي على البيانات الحقيقية ، ويمكن الاطلاع عليها في جميع الحالات ، ولذلك لا يمكن للشريك ان يدعي انه ترك الشفعة لان المشتري او البائع كذبه في الحصة المبيعة ، او في الشخص المشتري او في عدد المشترين .

(4) اذا تنازل الشريك عن الشفعة لسبب ثم تبين له ان ذلك السبب غير حقيقي وانه استعطف حقه في الشفعة ، فان ذلك يقيّد بالنسبة للمقارنات المحفوظة بما اذا لم يكتسب الغير حسن النية حقا عينيا على الحصة التي يريد الشريك شفعتها . اما اذا اكتسب الغير حقا عينيا ، كما اذا كان المشتري قد باعها او قابضها او وهبها ، فلا يمكن للشريك ان يحتج ضد هذا الغير بحقه في الشفعة لان الغير حسن النية لا يمكن ان يحتج ضده بما لم يسجل في الرسم العقاري .

وكل ما يبقى للشريك في هذا الحال هو حق الرجوع بالتعويض عن الضرر ان كان له محصل .

(1) محكمة الاستئناف بالرباط في 23 ماي 1928 منشور بمجلة المحاكم المغربية لسنة 1928 صفحة 259 وحكم آخر لنفس المحكمة بتاريخ 22 يونيو 1944 منشور بقرارات محكمة الاستئناف جزء 12 صفحة 476 .
(2) انظر صفحة : 220 .

المبحث الثاني

المشروع

نتكلم في هذا المبحث على الحقوق التي يمكن ان تكون مضمونة للشفعة حسب نص المقاري ، ثم نبين انه لاشفعة بين مالك الرقبة ، وملك الحر الميني الضعوف .
النقطة الاولى : الحقوق التي يمكن ان تكون مضمونة للشفعة .

نص الفصل 25 على المشروع بقوله : الشفعة هي الحق الثابت لكل من شارك مع اخرين على الشباع عقارات او حقوقا عينية عقارية في ان يأخذ الحصة المبيعة . ومن هذا النص يمكننا ان نعرف ان الشفعة ترد على المقارات الملوكة على الشيوع على الحقوق العينية المقارية الملوكة على الشباع عندما يبيع احد الشركاء في ذلك السار او تلك الحقوق الحصة التي يملكها .

وبناء على ذلك فان الشفعة تثبت فيما يلي :

- أ - حق ملكية العقار .
- ب - حق الانتفاع .
- ج - الاحبس .
- د - الكراء الطويل الامد .
- هـ - حق السطوح .
- و - الرهن الحائلي .
- ز - حقوق الارتفاق التابعة للحصة المبيعة من العقار المرتفق .
- ح - الجلسة والجزاء والزينة والهدايا .

ونتكلم على كل واحد من هذه الحقوق على حدة .

اولا : الحصة المشاعة في ملكية العقار .

عرف الفصل 9 الملكية العقارية بانها : حق التصح والتصرف في عقار بانيته او بالتخصيص على ان لا يستعمل هذا الحق استعمالا تنضمه القوانين والانظمة . ويمكن تعريف الملكية المقارية بانها الحق العيني المنصب على المقار بانيته او بالتخصيص والذي يخول لصاحبه دون غيره استعمال هذا الشيء او استغلاله او التصرف فيه في الحدود التي رسمها القانون .

وبهذا يتبين ان المقار نوعان : عقار بانيته وعقار بالتخصيص .

(1) فالعقار بطبيعته هو :

أ - الاراضي والبنائيات .

ب - الآلات والمنشآت المثبتة بالارض والممتصة باعمدة تصل بالارض او البناء ، وذلك كما صر الزيتون ، وواحين الماء والهواء ، والمحركات التي تولد الكهرباء ، مؤنبايات الملصقة بالابنية والاسلاك الكهربائية المدمجة في البنائيات ، واجهزة تسخين المازل المثبت بها ، وغير ذلك مما هو متصل بالارض بحيث لا يمكن فصله عنها .

د - المحصولات الفلاحية التي ما تزال متصلة بأعولها ، كالنوع قبل حصاده ،
والورد قبل قطفه ، والثمار قبل ان تنفصل عن اشجارها ، والاعواد والاخشاب التي لم
تقطع بعد من اشجارها .

وهذا ما نص عليه الفصل 6 من الظهير المحدد للتريع الطبيعى
على المقارات المحفلة بقوله حسبما غير بظهير 2 يوليوز 1932 : ان الاراضي
والبنائيات عقارات بطبيعتها .

وكذا الشان في الآلات والمنشآت المثبة والمرماتية او اعمدة والدجج
في بنائيات او في الارض .

وتعتبر عقارات بطبيعتها المحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها وثمار الاشجار
التي لما تجن ، والفابيات التي لما تقطع اشجارها .

وتجدر الاشارة الى ما سبق لنا من ان العمل يجري عند الملكية بتسوية
الشفعة في الثمار الخريفية ، سواء بيعت وحدها او مع الارض وما عليها من
اشجار .

كما اننا راينا ان الامام مالكا يرى ثبوت الشفعة في كل الثمار ، وان بعض الطائفة
يتمسكون بهذا الراي بشروط معينة ، وفي حالات محددة (1) .

ويمكننا ان نقول هنا ان المشرع المغربي يسير على ثبوت الشفعة في الثمار الطوكة
على الشياخ ، اذا باع الشريك نصيبه فيها قبل قطفها ، سواء بيعت مع المقار التي
انتجها ، او بيعت وحدها ، وسواء كانت الثمار خريفية او صيفية ، لانه لا يوجد اي تحديد
من المشرع في هذا الشأن ، حيث نراه ينص على ان الشفعة تثبت في المقار وفي
الحقوق المعينة العقارية .

وسواء اعتبرنا الثمار عقارا بطبيعتها او اعتبرناها منقولا بحسب المال ، على
اساس ان نية التارفين قد انصرفت عند البيع الى نقلها عن اهلها فان الشفعة
ثبتت فيها ، لان ذلك يحقق مصلحة الشركاء حيث يحثهم الاضرار الناتجة
من دخول المشتري الى عقارهم لاختلاف هذه الثمار وما يجره ذلك عليها من
من الاعمال على اسرارهم ، واختلافه بهم .

(2) اما المقار بالتخصيص فهو المنقول الذي يخصصه صاحبه لخدمة ارضه
او عقاره . ويعتبره جزءا من ذلك المقار يتبعه في ميعره ويرتبط به . ولكي يعتبر
المنقول عقارا بالتخصيص لابد من توافر شرطين هما :

اولا : ان يكون ملكه هو مالك العقار المخصص لخدمته .

ثانيا : ان يخصصه ملكه لخدمة ذلك المقار ويعتبره جزءا منه .

وشال المقار تخصيص الحيوانات التي يخصصها مالكها لاستغلال ضيعته ،
كالخمر التي تنقل لمتوججات الفلاحة ، والتي تجر العربات ، وتحمل السام ،
ومثاله ايضا : آلات والشاحنات التي يخصصها مالكها لحمل المتوججات الفلاحة
من ضيعته ، او نقل منتجات التي ينتجها معمله . ومثاله ايضا : الآلات التي
يلحقها مالكها بعملة لتعمل على انتاج سلع او مواد معينة . وكالات الذي يجعله
مالكه في فندقه ليكرسه لخدمته . وغير ذلك مما يخصصه مالكه لخدمة عقار .
فان ذلك النقل يسر عقارا بالتخصيص ، ويسري عليه حكم العقار ، وهذا ما اشار اليه
الفصل 7 بقوله : ما غير ياتهير 6 يوليوز 1932 تعتبر عقارات بالتخصيص الاشياء
التي جعلها مالكها لخدمته لخدمة هذه الارض واستغلالها .

وكذلك الترخي جميع الاشياء المنقولة الملحقة بالملك بصفة دائمة .
وناء على هذا فان كل من يملك شيئا شائما في عقار بطبيعته يمكنه ان يشفع
حصة شريكه عندما يبيعها سواء كان ذلك العقار مما يقبل القسمة او لم يكن مما
يقبلها ، وهذا يعني ان الشرع المغربي سار على القول الذي يرى ان الشفعة تكون
في كل عقار سواء كان يقبل القسمة اولا . وذلك لانه لم يقيد العقار الذي ثبتت
فيه الشفعة باي قيد زائد على كونه ملوكا على الشياخ . ولانه عرف الشياخ في الفصل
960 من ظهير الالتزامات والمقود بقوله : (اذا كان الشيء او الحق لاشخاص
معددين بالاشراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياخ فانه تنشأ حالة قانونية تسمى
الشياخ ونبيه الشركة) ثم اخذ يتكلم على احكام الشياخ ، فتكلم على الاشياء التي
يمكن تمثيلها بالاشياء التي لا يمكن قسمتها .

وقد سبق ان العقباني الذي هو احد علماء الملكية قال : في مسألة ما لا يقبل
الشفعة اثارا ، وذهب المدونة ثبوت الشفعة ، والعمل به اكثر (1) . وهكذا يتبين
ان الشرع سار على رأي المدونة وهو الذي يجري به العمل في المقار غير المحفوظة .
ونجب الاشارة الى انه عندما يبيع الشريك حصته في المقار بالتخصيص مع حصته في
المقار بطبيعته . فان للشركاء الباقيين طلب شفعة الحصة في المقار بطبيعته والحصة في
المقار بالتخصيص . وتخضع الحصتان مما لقواعد الشفعة المطبقة على العقار المحفوظ .
لان المقار بالتخصيص يعتبر تابعا للمقار بطبيعته . وقد عرفنا ان الملكية انفراد بالقول
بثبوت الشفعة في الحيوان الذي يخصصه مالكه لخدمة عقار عندما يبيعه مع نصيبه
في ذلك المقار (2)

اما اذا باع الشريك حصته في المقار بالتخصيص وحدها فان شركاءه في هذه الحصة
يستحقون الشفعة فيها ، ولكن هذه الشفعة تخضع للقواعد التي نصت عليها مدونة
الالتزامات والمقود في الفصول 974 و975 و976 المخصصة للشفعة ، لانها لا تبقى عقارات

بالتخصيص ، وإنما تصبح ~~حالات~~ بمجرد فصلها عن المقار الذي خصصت لخدمته .

ثانياً : الحصة الثامنة في حق الانتفاع بالمقار . حق الانتفاع عرفه الفصل

35 من الظهير المحدد ~~تتبع~~ السابق على المقارات المحفوظة بقوله : (الانتفاع حق عيني في المنع بمقتضى ملك الغير ينقضي لزوماً بموت المنتفع) ومعنى ذلك ان حق الانتفاع ~~هو~~ يخلو لصاحبه الحق في ان يستعمل الشيء المنتفع به وان يخلقه ، اي ان يحسنه لنفسه او ان يكرهه للغير ، دون ان يكون له الحق في ان يتصرف في الرقبة ~~لأنه~~ تكون طوكة لشخص آخر .

وحيث الانتفاع يكون ~~بمدا~~ بمدة معلومة . وقد يمتد مدة حياة المنتفع .

وحيث الانتفاع ~~ان~~ قد يكون غير مقيد ، بحيث يكون للمنتفع ان يستغل المقار المنع به في اي وجه من وجه الانتفاع . وقد يكون مقيداً بنوع معين ، كان يكون له الحق في ان يستعمل المقار للمكي فقط ، او للتجارة لا غير . كما انه قد يكون مؤجلاً باجل او موقوفاً على شرط . وذلك حسبما ينص عليه السند الذي انشأ هذا الحق .

وقد اباح الشرع للمنتفع ان يتنازل عن حقه في الانتفاع ، اما عن طريق الاجارة ، او عن طريق البيع او الهبة . وفي ذلك يقول الفصل 48 : (يمكن للمنتفع ان يتمتع بنفسه او يؤجر وفق الشروط المقررة يقاتون المقود والالتزامات او يقوم حتى يبيع حقه او تفويته جازاً) .

ولكن تنازل المنتفع عن حقه في الانتفاع لا يكون الا في النطاق الذي له ، بحيث لا يمكنه ان ينقل للتنازل لفائدة اكثر مما كان له من ذلك الحق .

فاذا كان حق الانتفاع ثابتاً لشخصين او اكثر ، كما اذا وهب شخص لشخصين حق الانتفاع بداره مدة عشرين سنة مثلاً ، واوصى بحق الانتفاع من ضيعته لثلاثة اشخاص مدة اربعين سنة ومات الموصى ، فان كل واحد من الموهوبين لهما في المثال الاول ، والموصى لهم في المثال الثاني يكون مالكا لحق الانتفاع ملكية شائعة طيلة المدة المحددة . فليسوا فوضوا ان احدهم باع نصيبه في هذا الحق لشخص آخر . فان للآخرين الحق في ان يشتروا ذلك النصيب من المشتري له .

نعم اذا كان الشخص لا يملك الا حق الاستعمال او السكنى فلا يمكن له ان يبيع حقه هذا ، وبالتالي لا يكون لشريكه الحق في الشفعة ، لاننا نكون بصدده حق يتصل بشخص واحد ولا يقبل ~~ال~~ ، والشفعة انما تتصور فيما ينتقل . وهذا ما نعره عليه الفصل 84 بقوله : (ان حقي الاستعمال او السكنى لا يمكن ان يفوتوا ولا ان يؤجروا طبقاً لمقتضيات الفصل 630 من ظهير الالتزامات والمقود) والفصل 630 المذكور ينص على ما يلي : (من لم يكتسب له شيء الا حق شخصي في الاستعمال او السكنى او حق في حياضه او رهن حيائي على منقول لم يجز لهم اكراهه) .

ثالثاً : الحصة التاسعة في الانتفاع بالاحباس . عرف الفصل 73 الحبس بقوله :

(الحبس اصول اوقفها الحبس المسلم ويكون التمتع بها لفائدة انواع المستفيد من الذين يمينهم المحبس) .

وتنقسم الاحساس الى قسمين .

(1) احساس خيرية . وهي التي تكون موقوفة على احدى جهات البر والاحسان كالماجد والمدارس والمستشفيات . ولهذه الاحساس ادارة خاصة ووزارة تهتم بتسييرها والمحافظة عليها وتنميتها وجمع ريعها لانفاقه في المشاريع الدينية واجهه البر التي حسنت عليها .

(2) احساس ذرية . وهي العقارات التي يوقفها صاحبها على شخص او اشخاص معينين كبنائه او احفاده . وقد يكون هذا الحبس مؤبدا بحيث يكون لمقب المحبس عليهم ان ينتفعوا بالحبس . وهذا هو ما يعبر عنه بالحبس المقب . كما انه قد يكون مؤقتا ، بحيث ينص الحبس على ان العقار يبقى محبسا على اولاده الى ان يموتوا جميعا فيصبح ارثا لابنائهم . او يصبح حبسا على جهة اخرى كالقرويين مثلا . كما انه يمكن للمحبس ان يعين نوع الانتفاع الذي جعله للمحبس عليه . كمن يجعل له حق السكنى فقط ، او حق الانتفاع ما دام لم يتزوج ، او اذا لم يكن له محل للسكنى او غير ذلك .

وجب ان تحترم ارادة المحبس ، ويعمل بما نص عليه في وثيقة الحبس . وهذا ما تبناه المشرع المغربي ، حيث اننا راينا نص في الفصل 73 على ان التمتع بالحبس يكون لفائدة انواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس . كما انه نص في الفصل 75 على انه (تبقى الاحساس خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الاسمية التي تجرى عليها) .

وحيث سبق ان ذكرنا ان الفقهاء يرون ان الحبس لشفعة فيه سواء بالنسبة للمحبس او بالنسبة للمحبس عليه (اي المستفيد من الحبس) وانهم يعللون ذلك بان الشفعة انما تثبت لمالك الرقبة دون مالك الشفعة (1) . ولكن هذا الحكم لا يتطبق في ظلل التشريع المقاري على العقار المحفظ لان هذا التشريع لم يقصر حق الشفعة على ملكية الرقبة ، وانما اثبتها في الحقوق المبنية العقارية الاخرى ، ومنها حق الانتفاع بالاحساس .

وناء على ما ذكرنا فاننا نتصور الشفعة في الاحساس بالنسبة للمالك على الشيع لمنفعة الحبس ، وذلك كما اذا كان عقار محبسا على عدة اشخاص ، وجعل لهم الحبس ان يستفيدوا من منفعة العقار المحبس عليهم اما بانفسهم او بواسطة كرائه او بيع منفعتهم او بيع غلته وشاره ، فان هؤلاء المستفيدين يعتبرون مالكيين لمنفعة الحبس ملكا شائعا بينهم ، ويترتب على ذلك انه اذا باع احد المنفعين بالعقار المحبس حصته الدائبة في المنفعة " في حدود ما جعل له المحبس " فيحق لشركائه ان يشفعوا تلك الحصصة . ويتبين من هذا ان المحبس عليه لا يملك رقبة العقار ، وانما يملك حق الانتفاع او حق السكنى ، او حق الاستعمال . فان كان له حق الاستعمال او السكنى ، لم يكن له ان يفت

هذا الحق ولذلك لا تصور فيه الشفعة . اما ان كان له حق الانتفاع ، فيمكنه ان يبيعه ، ويقتل للشركاء حينئذ حق الشفعة .

رابعا : الحصة الشائعة في الحق في الكراء الطويل الامد . نكلم الفصل 87 على الكراء الطويل الامد فقال : (ان الكراء الطويل الامد للموالات الثابتة يخول للمستاجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسمي ويمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري .

يجب ان يكون هذا الكراء لمدة تفوق ثمان عشرة سنة دون ان تتجاوز تسعين سنة وتسعين سنة ولا يمكن تمديده بالتجديد الضمني) .

وهذا الحق كما نرى لا يثبت الا على الارض او البناء دون غيرهما من العقارات . فلو فرضنا ان شخصين او اكثر اکتريا ضيقة او بناية كراء طويل الامد ، فان هذا الكراء يعطيهما حقا عينيا على هذا المقارء ويكون لكل واحد جزء شائع تحدده نسبته بالاتفاق . كما انه قد يكتري شخص عقارا كراء طويل الامد ثم يموت ، فينتقل الى ورثته ويصبحون شركاء في هذا الحق (الذي هو الكراء الطويل الامد) على الشياخ بنسبة نصيب كل واحد من هؤلاء الورثة .

ويعتبر حتى الكراء الطويل الامد من الحقوق القابلة للتفويت . ويترتب على ذلك ان المالك اذا باع حصته في هذا الحق فلا آخر من الحق في ان يشفعوا تلك الحصة من المشتري .

وقد سبق لنا ان تكلمنا على الشفعة في الكراء ، وذكرنا ان العمل يجري بثبوتها بالنسبة للشركاء في العقار غير المحفوظ⁽¹⁾ . ولا مانع من ثبوتها في العقار المحفوظ ايضا . بل ان نص القانون يصرح بثبوت الشفعة في الكراء الطويل الامد ، لانها من الحقوق العينية المقاربية .

اما الكراء العادي وهو الذي لا يقع الاتفاق فيه على ان مدته تفوق ثمانية عشر عاما . فهو من الكراء الذي ثبت فيه الشفعة في العقار غير المحفوظ . الا انه لا يمكن - فسي ظل التشريع المقاري - القول بثبوت الشفعة في هذا الكراء . نظرا الى ان الشفعة - في ظل هذا التشريع - لا تثبت الا في الحقوق العينية المقاربة ، تلك الحقوق التي اوردتها للفصل الثامن من ظهير 19 رجب 1333 على سبيل الحصر . وبما ان هذا الفصل لم ينص على ان الكراء العادي من الحقوق العينية المقاربة ، فان ذلك يعني ان هذا الكراء لا يعتبر من الحقوق العينية المقاربة ، والتي يمكن ان تكون موضوعا للشفعة .

وقد كان من الاولى ان ينص المشرع على ثبوت الشفعة في الكراء العادي ، تبعا لما هو معمول به في الفقه المالكي ، الذي استمد منه المشرع اغلب احكام الشفعة ، ولان ذلك يحقق المصلحة التي شرعت الشفعة من اجلها ، ويجنب الشركاء الاضرار التي يمكن تلحقهم من ان يدخل محل مملوك شخص اجنبي عنهم عن طريق كراء حصة احدهم .

ويثبت من هذا أن الكراء الذي يمكن شفعته ~~ممنوعة~~ للمقار المحفظ هو الكراء الطويل الأمد بدون الكراء العادي .

وبما أن قواعد التحفيظ تقتضي أن الشريك في عقار المحفظ لا يستطيع أن يطالب بشفعة الكراء الطويل الأمد (ولا غيره من الحقوق) ~~التي~~ التسجيل إلا إذا سجل في الرسم العقاري . فذلك إذا كان هذا الكراء قد سجل في الرسم العقاري أمكن للشريك استئصال حق الشفعة فيه . أما إذا لم يقع تسجيل هذا الكراء ~~في~~ ضمن للشريك المطالبة بتسجيله ليتمكن من استعمال حقه في الشفعة :

وقد يتبادر إلى الذهن أن الشريك في العقار المحفظ لا يجوز له فيما إذا أكرس شريكه حصته أن يشفع هذا الكراء . لأن القانون العقاري ~~يجوز~~ الشفعة إلا في البيع . ولكن الواقع خلاف ذلك لأن الكراء يعتبر بمثابة بيع المنفعة . ويجرى عليه جميع ما يجري على عقد البيع ، وكل ما بينهما من خلاف أن البيع يطلق على ~~غير~~ ترقية ، بينهما يطلق الكراء على تفويت المنفعة لمدة .

خامساً : الحصة الثالثة في حق السطحية . حق السطحية هو الذي عرفه الفصل 97 بقوله (أن حق السطحية ~~حق~~ عقاري قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير) ويستفاد من هذا أنتميزان حق السطحية فهو أن يكون الإنسان مالكا لبناية ، كدار ، أو معمل ، أو لخرس ، كأشجار . وتكون هذه الأشجار أو تلك البنائيات مقامة فوق بناية يملكها شخص آخر .

ولصاحب حق السطحية أن يتنازل عن حقه لشخص آخر بمحض أو بشيء عوض . كما صرح بذلك الفصل 98 بقوله : (أن من له حق السطحية يمكنه في أي وقت أن يفوتسه وأن يرد منه رهنا رسميا) .

فلو فرضنا أن شخصين أو أكثر كانوا يملكون حق سطحية داراً وأشجار ملكية مشاعة بينهم ، وأحدهم نميته في هذا الحق ، فإن للآخرين أن يشفعوا النصيب من اشتراؤه .

سادساً : الحصة المشاعة في الرهن الحياني . الرهن الحياني هو عقد يجهس بقتضاء الدائن مالا للمدين ضمانا للمدين الذي له عليه . وعرفه الفصل 1170 من مدونة الالتزامات والمقود بقوله : (الرهن الحياني عقد بقتضاء بخص المدين أو أحد من الغير بضمان لصلحته شيئاً منقولاً أو عقارياً أو حقاً معنوياً لضمان الالتزام) .

ومن المعروف أن الرهن إذا كان ضماناً لدين ناشئ عن سلف لا يمكن للمرتهن أن ينتفع بالرهن ، ولا أن يأخذ ثماره لأن ذلك يعد سلفاً بشفعة . أما إذا كان ضماناً لدين ناشئ عن معاوضة ، كببيع ، فإنه يمكن في هذه الحالة للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون ، كأن يسكن الدار المرهونة ، أو أن يأخذ ثمار الأشجار المرهونة . لأن الرهن في هذه الحالة يعتبر بمثابة الكراء . فلو فرضنا أن شخصاً اشترى من شخصين سلمية بمئة ألف درهم تحمل بعد سنة وأعطاهما المشتري داره رهناً ، فإن هذين المرتهنيين

يمكنهما ان ينتفعا بتلك الدار طيلة ذلك الاجل ، لانكرا نهما باعا سلعتهما بذلك المبلغ المؤجل ومنفعة الدار خلال ذلك الاجل ، وكذا السلعة حينئذ فهي مقابل المبلغ ، ومعضها في مقابل الانتفاع ، وهذا نوع من الكراء . وهذا يعني ان البائعين يصبحان مالكيين لحق منفعة العقار المورون خلال مدة ~~التي~~ . وعلى هذه الحالة تصور الشفعة في الرهن . (1)

ويمكن تطبيق نفس هذه القواعد في حق التبريع ~~تبريع~~ .

فقد منع القانون القرض بفائدة في جميع ~~حالات~~ . وذلك ~~في~~ الفصل 870 التزامات وعقود الذي يقول : (اشتراط الفائدة بين المدين باطس ~~يحل~~ للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا او اتخذ شكل حدية او اي نوع اخر ~~للمدين~~ او لاي شخص غيره يتخذ وسيطا له) ومعلوم ان الاتفاق على ان تكون ~~نصف~~ الرهن ~~شأن~~ يعتبر اشتراطا للفائدة . ولهذا فان الرهن الناشئ عن سلف لا يحق للمرتهن فيه ان يتخيه باني وجه من اوجبه الانتفاع .

وفيما يتعلق بالرهن فقد نص الفصل 1207 من ~~الالتزامات~~ والمقود على انه (لا يجوز للدائن ان يستعمل الشيء الموهون او ان يرضه للنير أو ان يتصرف فيه باية طريقة اخرى لمصلحة نفسه مالم يؤذن في ذلك صراحة) .

ونص الفصل 101 من المظهر الحدد للتبرع المطبق على المقارات المحفوظة على ما يلي :

(لا يكسب الدائن بهذا العقد الا امكنية اخذ ثمار العقار ولا يجوز ان ينتج الدين فوائد غير انه يمكن التخصيص على ان الثمار تكون كلها او بعضها من نصيب الدائن . ومعنى هذا ان المرتهن لا يحق له ان يحتيد من الشيء الموهون ، ولا ان ياخذ ثماره منقولا كان ذلك الشيء الموهون او عقارا . حفاظا او غير حفاظ ، الا اذا اشترط ذلك صراحة . وقد قلنا انه لا يمكن اشتراط ذلك فيما اذا كان الرهن ضمن ديننا ناشئا عن سلف ، لان الفصل 870 التزامات وعقود يضع ذلك . ولذا لا يكون هذا الشرط صحيحا الا اذا كان الرهن ضمن ديننا ناشئا عن مطالبة .

على انه يمكن ان تصور الشفعة في حق الرهن في ظل القانون المغربي في صورة اخرى ، وهي ان يرهن شخص ملكه لشخص ، فيموت قبل حبل اجل الدين وتنقل ملكية الحق الميني الثابت للدائن على الرهن الى ورثته ، ~~ويصبح~~ مالكيين لحق الرهن ملكية شائعة بينهم كل على قدر نصيبه من الدين . او ان يرهن شخص ملكه لشخصين او اكثر لمدة معينة فيكتسب هؤلاء المرتهنون حقا عينيا ~~على~~ على الشيء الموهون بقسمة نسبة دين كل واحد منهم لجموع الدين . ويكون الراهن قد اذن لهم صراحة فيسي الانتفاع بالشيء الموهون خلال مدة الرهن " في الحالة التي يجوز فيها ذلك " فاذا باع احد المرتهين حقه الميني الذي له في الرهن ، فيحق لباقي المرتهين ان يشفعوه .

بـ : الحصة الشائعة في حقوق الارتفاق . عرف الفصل 108 حق الارتفاق بقوله :
(الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار من اجل استعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر) .
من هذا ان الارتفاق هو ان يحمل عقار بطبيعة يملكه شخص ، بما في ذلك
منفعة عقار يملكه شخص آخر . وذلك كحق المرور ، وحق الشرب ، وحق المسير .
الارتفاق يتصل بالعقار المرتفق ويتبعه ولا ينفصل عنه . كما انه لا يتبع مالك ذلك
العقار بحيث ان حق المرور عند ما يقرر على عقار لفائدة عقار آخر لا ينفذ له الى الطريق
العام ، يبيع العقار المرتفق ، بحيث اذا بيع هذا العقار او فوته صاحبه فان حق المرور يتبعه
ويستفيد مالك الجديد .

جـ : فان الشفعة في حق الارتفاق لا تتصور الا بالتبع للشفعة في العقار
المرتفق ، بحيث اذا كان عقار مشترك بين عدة اشخاص على الشياخ وكان لذلك العقار حق
ارتفاق على عقار آخر ، باع احد المالكين للعقار المرتفق نصيبه فيه ، فان لباقي الشركاء
ان يشترى ذلك النصيب بما يشتمل عليه من النصيب في حق الارتفاق .
ولا تتصور الشفعة في حق الارتفاق وحده ، لانه لا يمكن لصاحب العقار المرتفق ان
يتصرف في الارتفاق وحده ، ما دنا قد ذكرنا ان الارتفاق يتبع العقار ويعتبر موقرا لفائدة
العقار لانظمة صاحبه .

ثامنا : الحصة المشاعة في حقوق الجلسة وانجزاء والزينة والحواء .

نحنا الى ان هذه الحقوق مستمدة من الفقه الاسلامي وخاضعة لقواعده ، سواء من
حيث طريقة اكتسابها او ما يتعلق باستغلالها والتصرف فيها ، او فيما يتعلق بشفعتها .
نحنا الى اننا نكلنا على هذه الحقوق في القسم الاول من هذه الرسالة بتفصيل .
مينا هنا ، ومن ثبت الحق في شفعتها ، ولما ثبت هذا الحق ، فاننا
نكتفي بالاحالة على ما ذكرناه في هذا الموضوع (1) . ولكننا ندير هنا الى ان هذه الحقوق
لا تثبت - اذا كانت متعلقة بعقار محظوظ - الا اذا كانت مسجلة في الرسم العقاري الخاص
بذلك العقار .

النتيجة الثانية : لا شفعة بين مالك الرقبة ومالك الحق العيني المتعلق بها .

جـ : الى ان الحقوق العينية المذكورة هابتداء من حق الانتفاع ، تكون مملوكة لغير
مالك رتبة العقار . فقد يثور السؤال الاتي : اذا باع صاحب احد هذه الحقوق حقه هذا ،
هل يحق لصاحب رتبة العقار الذي يتعلق بهذا الحق ان يستعمل حق الشفعة اولا ؟
مثلا : لو ان صاحب حق الانتفاع او حق السطحية باع هذا الحق لآخر ، فهل
يحق لمالك رتبة العقار ان يشفع ذلك الحق اولا يحق له ذلك . واذا باع المالك
ذلك العقار هل يحق لصاحب حق الانتفاع ان يشفع اولا يحق له ذلك .

للجواب على هذا السؤال نوضح بأنه لا شفعة بين مالك الرقبة ومالك أي حق عيني يتعلق بـ الرقبة . وإنما تكون الشفعة بين المالكين للرقبة فيما بينهم ، وللمالك الحق العيني فيما بينهم . وذلك لأن الفصل 25 يصرح بأن الشفعة تثبت للمالك على الشيء عندما يبيع شريكه (الذي يملك معه على الشياع أيضا) نصيبه الشائع ، زالت للرقبة لغيره على الشياع لمالك الحق العيني المتعلق بذلك العقار .

ولنوضح ذلك نقول : أنه لو فرضنا أن رقبة عقار مملوكة لشخصين ، ونفقه مملوكة لثلاثة أشخاص ،

فإن ملكية العقار شريكان على الشياع في تلك الرقبة . ومن مجموع حصتهما يكون مجموع ملك الرقبة .

وملك الشفعة ذلك العقار شركاء فيما بينهم على الشياع في تلك المنفعة . ومن مجموع حصصهم يكون مجموع حق المنفعة .

وليس ملكي الرقبة ومالكي المنفعة أي شركة مشاعة . وإنما يعتبر حق مالكي الرقبة منفصلاً تماماً عن حق ملكي المنفعة . وإن تعلق الحقان معاً بعقار واحد . وما يؤيد ذلك أن لمالك المنفعة أن ينفقوا فيما بينهم على كيفية الانتفاع بهذا الحق ، ولا يمكن أن يتدخل مالك الرقبة في ذلك ، ولا أن يطلبوا مشاركتهم في هذا الانتفاع . كما أن لمالك الرقبة أن يتصرف في الرقبة كما يشاء (في حدود ملكية الرقبة) كما أن يبيعها أو يوصيها أو يهبها ، وليس للمالكين للمنفعة أي اعتراض على هذا التصرف ، كما أنه لغيرهم الحق في أن يطلبوا نصيباً من ثمن الرقبة إذا باعها صاحبها . وإنما يسوون حصة على ملكها بمقدار نصيب كل واحد منهما .

وقد حرج القانون بما قلنا من أن ملكي العقار يعتبرون شركاء على الشياع فيما بينهم ، أنهم يستحقون الشفعة عندما يبيع أحد شركائهم نصيبه .

وإنه إذا انفصلت الحقوق المتعلقة بالعقار ، فأصبحت رقبة مملوكة لشخصاً ولا شاعره ونفقه ، مثلاً : مملوكة لشخصاً أو أشخاص آخرين ، فإن الشركاء في الرقبة يشفون ما باعه شريكهم في الرقبة ، والشركاء في المنفعة يشفون ما باعه شريكهم في الشفعة .

فقد نص الفصل 26 على أنه : (يمارس هذا الحق على نفس المقار من طرف جميع الشركاء كل بقدر نصيبه فان تنازل البعض منهم فإن هذا الحق يمارسه الباقون بقدر حصصهم) .

ونص الفصل 27 على ما يلي : (وتمارس الشفعة بنفس الشروط من طرف الشركاء في حق عيني) .

فإننا نرى أن القانون قد فصل بين المالكين للعقار ، والمالكين لحق عيني في عقار . فنص الفصل 26 على أن الشركاء في العقار سواء كانوا يملكون هذا المقار ملكية تامة أو يملكون رقبة فقط يشفون ما يبيعه أحد شركائهم . ونص الفصل الموالي على أن الشركاء في أحد الحقوق العينية العقارية يشفون ما يبيعه أحد

وهذا يعني ان اصحاب الرقبة لا يشفون ما يبيعه صاحب احد الحقوق العينية الاخرى ، كما ان اصحاب هذه الحقوق لا يشفون ما يبيعه احد الشركاء في الرقبة . وقد سبق ان ذكرنا ان المالكية يرون عدم ثبوت الشفعة في الجلسة والجزاء والزينة بين صاحب الارض (الرقبة) وبين المالك لحق الجلسة او الجزاء او الزينة . لانعدام الشركة بينهما (1) .

ولو اراد المشرع المصري ان يعطي لمالك الرقبة الحق في شفعة ما يبيعه صاحب حق المنفعة او العكس لمصرح بذلك كما فعل القانون المصري الذي نص في الفصل 935 الذي ورد في الفقرات الاربع الاول منه ما يلي :

" يثبت الحق في الشفعة :

- أ - لمالك الرقبة اذا بيع كل حق الانتفاع المنبسط لهما او بعضه .
 - ب - للشريك في الشيوع اذا بيع شيء من المقار الشائع الى اجنبى .
 - ج - لمالك الرقبة في الحكم اذا بيع حق الحكم ، وللمستحكر اذا بيعت الرقبة .
 - د - لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق او بعضها .
- فها نحن نراه يصرح بان لمالك الرقبة ان يشفع حتى الانتفاع عند ما يبيعه صاحبه (2) وكذلك العكس . كذلك يصرح بان لمالك الرقبة ان يشفع حق الحكر (اي الكراء) او يسل الامد وهو المقابل للجلسة) عند ما يبيعه صاحبه . والعكس .

(1) انظر صفحة : 87

- (2) بل ان القانون المصري يقضي بان مالك الرقبة له الاولوية في شفعة المنفعة على بقية الشركاء في المنفعة وفي شفعة الحكر على بقية الشركاء فيه بحيث يقدم مالك الرقبة على بقية الشركاء في المنفعة وفي الحكر من الوسيط 556/9 و 599 .

المبحث الثالث

المشروع منه

نخص هذا المبحث لتحديد الشخص الذي تباشر الشفعة ضده . فبين
انه الشخص الذي انتقل اليه الجزء المشاع عن طريق الشراء من احد الشركاء . ثم
بين ما هو البيع الذي ثبت فيه الشفعة .
النقطة الاولى : الشخص الذي تباشر الشفعة ضده .

اشار الفصل 25 الى المشروع منه فذكر انه المشتري الذي ينتقل اليه
نصيب احد الشركاء في الشياخ . وبين الفصل 29 ان الشريك الذي يشتري نصيب احد
الشركاء في الشياخ يكون لباقي شركائه ان يشفعوا من يده على قدر نصيب كل واحد منهم
على ان يتركوا لهذا الشريك المشتري جزءا مما اشتراه على قدر نصيبه الذي كان يملكه
قبل شرائه لهذه الحصة المشفوعة .
ومعلوم ان هذا الحكم لا يطبق الا اذا كان هذا الشريك المشتري مساويا في الدرجة
لشركاء الذين يطلبون الشفعة . اما ان كان اولى منهم فلا يحق لهم ان يشفعوا
من يده . كما انهم ان كانوا اولى منه فلا يلزمون بان يتركوا له شيئا من الحصة التي
اشتراها عملا بنص الفصل 30 الذي يخضع الشركاء لحق الاولوية المنصوص عليه في
الفقه الاسلامي .

ويفهم من تعبير الفصل 25 المذكور بان الشريك يشفع من المشتري ، ان الشفعة
لا تثبت الا عنه ما تنتقل الحصة المشاعة عن طريق البيع فقط دون سائر التصرفات . بحيث
اذا انتقلت الحصة الى الغير عن طريق المعاوضة غير البيع كالمخارجة ، او المقايضة ، او
الصلح فلا شفعة . وهذا ما يفهم من باقي الفصول التي تتكلم على الشفعة . حيث
انها لا تتكلم الا على انتقال الحصة المشاعة عن طريق البيع فقط . فقد ورد في الفصل
29 ما يلي : كل شريك في الملك يشتري جزءا . . . وورد في الفصل 31 ما يلي : ان المشتري
يمكنه بعد تقييد شرائه . . . وفي الفصل 32 ما يلي : وفي حالة ما اذا لم يقسم
المشتري بهذا التبليغ . وهكذا بقية الفصول لا تتحدث الا على الشراء ، ولا تشير الى غيره
من التصرفات . كما انه لا يوجد اي نص يشير الى ان الشفعة تثبت في غير البيع .
وقد عبرت محكمة الاستئناف بالرباط عن هذا المبدأ بقولها : لكن ، حيث ان الشفعة
لا تقع الا في حالة نقل الملكية عن طريق البيع (1) .

وفي هذا يختلف القانون العقاري عن مدونة الالتزامات ، والمقود التي تنص على
ان الشفعة تثبت في البيع وفي سائر انواع المعاوضات .

(1) القرار رقم 2538 بتاريخ 2 نونبر 1943 منشور في قرارات محكمة الاستئناف بالرباط . تعريب محمد
المربي المجهود . صفحة 490 .

وقد سبق ان بينا ان جمهور الفقهاء يرون ان الشفعة تثبت في كل انواع المعاملات .
وان الحنفية يرون ان الشفعة لا تثبت الا في البيع دون غيره من التصرفات (1) . وهذا هو
الراي الذي تبناه القانون المصري ، والليبي ، واللبناني ، والمراقي (2) .

وهكذا يتبين ان القانون المقاري المغربي يتفق مع قوانين البلاد العربية المذكورة في
ان الشفعة في العقار المحفظ لا تثبت الا في البيع .

وقد عرفنا ان الفقهاء الذين يقولون بعدم ثبوت الشفعة في غير البيع يعللون ذلك
بتمذير معرفة ما يؤديه الشفع للمشفوع منه عندما تنتقل الحصة عن طريق المعاملات
من غير البيع (3) . ولا شك في ان هذا يمد من اهم الاسباب التي حددت بهذه القوانين
الى ان تنبئ هذا الراي ، وتقضى بان الشفعة لا تكون الا في البيع الذي يعرفه الثمن الذي اداء
المشتري عند شرائه للحصة المشفوعة . وهناك سبب اخر نعتقد انه دفع هذه القوانين الى
اثبات الشفعة في البيع فقط ، وهو انها اراء تضييق نطاق الشفعة وحصره في مجال محدود .
ولذلك حصرتها في البيع دون سائر المعاملات . كما ان قوانين البلاد العربية قد تأدت الامر
تضييقا حينما منعت الشفعة عندما يكون المشتري احد الشركاء . وان كانت تلك القوانين
قد وسعت مجال هذا الحق من ناحية اخرى حينما اثبتت الشفعة للجار . وحينما
اعطت الحق لمالك الرقبة في ان يشفع ما باعه مالك حق الانتفاع بتلك الرقبة او العكس
اما القانون المغربي فاننا نراه يتفق مع هذه القوانين في اثبات الشفعة في البيع
فقط دون غيره من التصرفات ، ولكنه يختلف عن هذه القوانين في كونه يبيح الشفعة في كل
بيع ، سواء كان المشتري اجنبيا او شريكا . كما يختلف عنها في انه لا يثبت الشفعة بالجوار .
وفي انه لا يعطي لمالك الرقبة الحق في شفعة ما باعه صاحب حق الانتفاع ، ولا العكس .
وهذا ما يجعلنا نقول ان مجال الشفعة في القانون المقاري المغربي الذي يطبق على
المقارنات المحفوظة اضيق من مجال الشفعة في قوانين البلاد العربية .

ويرجع اختلاف القانون المغربي عن القوانين العربية الاخرى الى ان القانون المغربي استمد
اكثر احكامه - فيما يتعلق بالشفعة - من المذهب المالكي ، ونحن نعلم
ان هذا المذهب لا يثبت الشفعة لغير الشريك . كما انه لا يعطي للشريك في الرقبة الحق
في شفعة ما باعه صاحب حق الانتفاع ولا العكس ، كما سبق بيانه (4) .

(1) انظر صفحة : 107

(2) تنص المادة 935 من القانون المدني المصري على ما يلي : الشفعة رخصة تجوز في بيع العقار الحلول
محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية . وهو نفس نص المادة 939 من
القانون المدني الليبي . ويقرب منه نص المادة 428 من القانون المدني العراقي الذي ينص على ما يلي : الشفعة
هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والتفقات المعتادة . وكذا المادة 238
من قانون الملكية المقارنة اللبناني الذي نص على ما يلي : الشفعة حق يجوز لصاحبه ان ينتزع العقار
المبيع من المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية

(4) انظر صفحة : 86 و 35

3 . انظر صفحة : 108

بخلاف قوانين البلاد العربية الاخرى فقد استمدت احكام الشفعة ما من المذهب الحنفي ، والقوانين السابقة لهذه البلاد ، او من اجتهادات اللجنة المكلفة بوضع هذه القوانين .

النقطة الثانية : البيع الذي ثبت فيه الشفعة .

نظرا الى ان المشرع المغربي اختار ان يسير على راي الملكية الذي يرى ان الشفعة تستعمل ضد المشتري فقط ، وان الشفع لا علاقة له بالبائع (كما سوف نرى) فلذلك نرى ان الشفعة لا تثبت الا في البيع النهائي الذي تترتب عليه نقل الملكية الى المشتري بصفة نهائية ، وبناء على ذلك فان الشريك لا يمكنه ان يمارس الشفعة الا بعد ان يصبح الشئ مالكا فعلا للشريك الذي اشتراه .

وقد سبق لنا ان عرفنا البيع الذي ثبت فيه الشفعة عند الكلام على القسم الاول على المشفوع منه ، وتكلمنا على الشفعة في البيع الصحيح والفاقد والبيع بالخيار وغيرها من انواع البيوع (1) . وتطبق نفس الاحكام التي يسير عليها المذهب المالكي حتى بالنسبة للمقار المحفظ ، لما هو معروف من ان كل ما لا يوجد له نص في التشريع العقاري يرجع فيه الى الفقه المالكي ، وخصوصا ما يتعلق بالشفعة التي استمد المشرع اغلب احكامها من هذا الفقه .

ونظرا الى ان المقار المحفظ يخضع لقواعد التحفيظ فاننا نرى ان نتكلم على الاحكام التي يختلف فيها هذا المقار المحفظ عن المقار غير المحفظ .

وهذا الخلاف ناشئ من ان البيع الذي ثبتت فيه الشفعة هو البيع الذي وقع تسجيله في الرسم العقاري ، وذلك تطبيقا للفصل 67 من ظهير 9 رمضان 1331 الذي ينص على (ان الاعمال الارادية والاتفاقات التعاقدية الرامية الى تأسيس حق عيني او نقله الى الغير او الاعتراف به او تغييره واسقاطه لا تنتج اي اثر ولو بين الاطراف الا من تاريخ التسجيل)

ونظرا الى ان هذا الفصل يقتضي ان لا يسجل اي بيع الا اذا كان ناقلا لملكية المبيع من البائع الى المشتري . بحيث يجب على المحافظ ان يمنع من تسجيل اي عقد بيع لحق عيني محفظ او حصصة مشاعة منه الا اذا تحقق من كونه تام الاركان ، ونفرا على جميع الشروط . فلذلك لا يتصور ان تثبت الشفعة بالنسبة للمقار المحفظ في البيع الذي يشتمل عقده على ما يجعله باطلا او فاسدا ، لان هذا المقعد غير قابل للتسجيل في الرسم العقاري .

وكذلك لا يتصور الشفعة في البيوع الابتدائية اي ما يملك عليه المبيع الموعود بالبيع ، وهو البيوع الذي ينص فيه على ان آثاره لا تنفذ الا عن

تحريير المقعد النهائي (1)

وكذلك لا يمكن احتمال حق الشفعة في جميع المعلق على شرط واقف، لأن هذين البيعين لا يمكن تسجيلهما بالرسم العقاري ما دام لا يتقيدان الملكية التي يشتري.

نعم إن حرر العقد النهائي الذي جاء به ببيع أو تحقق الشرط الواقف أمكن تسجيل ذلك البيع في الرسم العقاري لأن البيع يصبح حينئذ ملكاً للمشتري وينتج عن تسجيله ثبوت الحق للشريك في الشفعة.

أما البيع المعلق على شرط فاسخ فإنه يمكن تسجيله في الرسم العقاري ونظراً إلى أن المشتري تحت شرط فاسخ يعتبر ملكاً للمشتري، لأن هذا المقعد ينقل الملكية فوراً وينتج كل آثار البيع، زيادة على ذلك فإن هذا الشرط قد لا يتحقق أبداً ولا يتحقق إلا بعد مدة طويلة. ولذلك فإن النقل بعدم ثبوت الشفعة فيه يؤدي إلى الأضرار بالشركاء. وقد سار الاجتهاد في المغرب على ثبوت الحق في الشفعة في البيع المعلق على شرط فاسخ (2).

ويلاحظ أن الشريك إذا شفع الحصة المبيعة بشرط فاسخ ثم تحقق ذلك الشرط، فإن الشفعة تُلغى فيما إذا كان هذا الشرط صجلياً في الرسم العقاري. لأن ذلك التسجيل هو الذي يضمن حق البائع في الاحتجاج بهذا الشرط ضد الشفيعين طبقاً للفصل 202 من ظهير 19 رجب 1333.

وإذا كانت الشفعة في العقار غير المحفوظ طيبة للمقد الذي نشأ عنه حصة الشريك في الشفعة، بحيث اندمجت شريك - مثلاً - حصته في عقار فشفعها شريكه، ثم تبين أن ذلك البيع باطل أو قابل للإبطال، وحكم فعلاً بإبطاله أو إبطاله، فإن الشفعة تُلغى. ولو كان قد صدر بها حكم، فإن الأمر يحتاج إلى تفصيل بالنسبة للشفعة في العقار المحفوظ. ذلك أننا عرفنا أن الشريك لا يمكنه أن يمارس شفخته إلا إذا وقع تسجيل البيع في الرسم العقاري.

(1) يعمد الطرفان إلى عقد البيع الابتدائي عندما يكون أحدهما أو كلاهما في وضع لا يمكن معه من تنفيذ جميع الآثار التي تترتب على عقد البيع. كأن يكون العقار المبيع عبارة عن دار لم يتم بناؤها بعد أو أرض تحتاج إلى استصلاح أو شق طريق أو حفر بئر. وكان يكون المشتري غير قادر على أداء الثمن الآن. وكان يلتزم شريك في عقار ببيع مساحلاً معينة يتعهد بأن يستمر إلى إفرازها عن طريق طلب القسمة. فيتفق الطرفان على أن يحبطا الآن بمقد بيع مؤقت في انتظار استكمال ما يتوقف عليه البيع النهائي. ولا بأس من الإشارة إلى أن هذا المقعد يعتبر من البيوع الفاسدة في الفقه الإسلامي لأنها من عقود الغرر.

(2) محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 3 يراير 1942 منشور بقرارات محكمة الاستئناف جزء 11 صفحة 364.

وإذا كانت حجية التسجيل ليست قاعدة بالنسبة للطراف ، بحيث يمكن لأي طرف في التصرف الذي وقع تسجيله أن يدّعي فيه لسبب ما ، وإذا ثبت للقضاء أن ذلك الدّعي وجيه ، وجب تشايب ذلك التصرف الدّعون (1) .

إلا أن هذا التشايب لا يمكن أن يترتب عليه المسح لحقوق التي اكتسبها الغير من حسن نية استنادا على ذلك التصرف الدّعي .

ذلك أن الفقرة الثانية من الفصل 65 من ظهير 9 صفر 1331 تنص على ما يلي : (لا

يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في واجب الغير ذي النية الحسنة) .

كما أن الفقرة الثانية من الفصل 65 من ظهير 19 صفر 1333 تنص على ما يلي : (أن

ما يقع من إبطال أو تغيير لأحد «مسالك التمسك» في حجة الغير المسجل

من حسن نية كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر) .

وقد أضحى من هذا أنه إذا باع أحد الشركاء في عقار مخصص نصيبه الشائع لشخص آخر ،

وسجل هذا البيع في الرسم العقاري ، ثم مارس الشركاء أو أحدهم حقه في شفعية

تلك الحصة الشائعة ، وسجل اسمهم في الرسم العقاري ، فلهذا الحصة

عن طريق الشفعية ، ثم ادعى البائع أو المشتري أن عقد البيع باطل ، لأنه يرتكز

على سبب غير مشروع مثلاً ، أو أن له الحق في إبطاله ، لأن إرادته كانت مشوبة بمسبب

من عيوب الرضى ، وقرر القضاء بأن ذلك المقصد أو إبطاله ، فإن ذلك الشريك الذي

سجلت الحصة في اسمه بناءً على ممارسته للشفعية لا يتأثر بهذا الحكم - الذي قد ينسب

بإعلان البيع أو إبطاله - إذا كان حين ممارسته للشفعية حسن النية ، بأن كان يحمل

العيب الذي يحمل ذلك المقصد بالإلزام أو قابلاً للإبطال . وذلك لأن حجية التسجيل

بالنسبة للغير حسن النية تحجز حجة قاطعة (2) .

نعم إذا ثبت أن الشفيع يعلم عند ممارسته للشفعية أن ذلك المقصد

باطل أو قابل للإبطال ، ومع ذلك طالب بالشفعية ، ثم تقرر بطلان أو إبطال

ذلك المقصد ، فإن الشفعية تلغى ، وتعود الحصة لأهلها الأصليين .

ويفترض في كل شريك مارس الشفعية أنه حسن النية ، ولذلك يجب على من يدعي

أنه كان سيء النية أن يثبت ذلك . عن طريق إثبات أنه كان يعلم العيب الذي يشوب

ذلك المقصد حين ممارسته للشفعية ، وله أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات .

ومضى ثبت أن الحصة انتقلت إلى الشفيع منه عن طريق البيع ، فإن الشريك يستحق

الشفعية ولو كان الطرفان قد أخفيا البيع وأغفرا النية ، أو أظهرا البيع وأخفيا الهبة ،

أي ولو كان الطرفان (البائع والمشتري) قد عمدا إلى الصورة . لأنه يجوز للشريك أن يتمسك

بالمقد التام في الحالة التي يكون الطرفان قد أخفيا الهبة وأغفرا البيع ، كما يجوز له أن يتمسك

بالمقد الخفي في الحالة التي يكونان فيها قد أخفيا البيع وأغفرا الهبة .

(1) التحفيظ العقاري والحقوق المبنية والأصلية والتبعية للدكتور طه من الكزبري صفحة 180 .

(2) نفس المرجع صفحة 183 .

ومعنى هذا ان الشريك يعتبر من الغير في الصورية ، ومعروف ان للغير في الصورية ان يتمسك بالعقد الظاهر والعقد الباطن حسبما تقتضيه مصلحته .

واعتبار الشريك من الغير في الصورية هو الراي الذي سار عليه القضاء المصري وتمسك به كثير من رجال القانون في مصر .⁽¹⁾ وهو نفس الراي الذي يتمسك به الفقهاء المسلمون في مختلف المذاهب الاسلامية ، وبالاخص منها فقهاء المذهب المالكي . وقد سبق ان ذكرنا ان الشريك اذا اثبت ان شريكه باع حصته للغير ولم يهبها كما يدعي فان له الحق في الشفعة⁽²⁾ . كما ذكرنا ان الشريك اذا اثبت ان حصة شريكه انتقلت الى المشفوع منه عن طريق البيع فادعى هذا الاخير ان ذلك البيع يخفي الهبة ، فان ذلك لا يقبل منه لانه يشتم على انه يريد تفويت حق الشريك في الشفعة عن طريق ادعائه للتبرع .

وهناك من رجال القانون المصري من ذهب الى ان الشريك لا يعتبر من الغير في الصورية . ولذلك لا يمكنه ان يتمسك بالعقد الظاهر ولو كان حسن النية . وليس راس هؤلاء الفقهاء الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي اكد في كثير من المواضع من الوسيط ان انشفيع لا يعتبر من الغير لانه ليس دائئا شخصيا لاحد طرفي العقد السوري ، كما انه ليس خلفا خاصا لاحدهما⁽³⁾ .

ونشير اخيرا الى ان الاقالة لاتمنع الشريك من الشفعة ، سواء وقعت الاقالة قبل ان يطلب هذا الشريك الشفعة او اثناء اجراءات الشفعة . وسواء ذهبننا على ان الاقالة فسخ للبيع القائم ، او انشاء بيع جديد⁽⁴⁾ .

ويرى الاستاذ السنهوري ان الاقالة اذا وقعت بعد طلب الشفعة فلا يسقط هذا الحق بالاقالة ، سواء اعتبرنا الاقالة بيعا جديدا او فسحا للبيع الاول . اما اذا وقعت الاقالة قبل طلب الشفعة ، فان الشريك لا يستحق الشفعة اذا اعتبرنا الاقالة فسحا للبيع . لانه بالاقالة ينعدم الاساس الذي ينهني عليه الحق في الشفعة ، وهو انتقال الملك الى الاجتهبي عن طريق البيع . اما اذا اعتبرنا الاقالة بيعا جديدا ، فان الشريك يستحق الشفعة في هذا البيع الثاني دون الاول⁽⁵⁾ .

(1) منهم : محمد علي عرفة 2 فقرة 258 . عبد المنعم البدراوي فقرة 429 . اسماعيل غانم في احكام الالتزام فقرة 114 صفحة 237 . وفي الحقوق المبنية الاصلية صفحة 88 . حسن كيرة صفحــة 13 وصفحــة 20 . من الوسيط 500/9 هامش .

(2) انظر صفحــة : 114

(3) الوسيط 500/9 هامش . ومن يرى هذا الراي ايضا عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 326 . . واحمد نشأت في رسالته في الاثبات فقرة 441 مكرر . وعبد المنعم فنج العدة . فقرة 306 . الوسيط 500/9 هامش .

(4) راجع صفحــة : 106

(5) الوسيط 506/9

ونؤكد اخيرا ان كل من انتقلت اليه الحصة المشاعة بشراء ، يمكن للشركاء ان يستعملوا الشفعة عند ، سواء كانوا اجنبيا عن الشركاء او كان واحدا منهم ، وسواء كان شخصا طبيعيا او شخصا معنويا . وسواء كان بينه وبين البائع قرابة او مصاهرة ولا مقياس النظر عما اذا كان المشتري يريد استعمال الحصة التي اشتراها بنفسه او كان يريد تحييسها على محل للعبادة . وهذا هو الراي الذي يسير عليه فقهاء المذهب الاسلامي .

وقد خالفت قوانين البلاد العربية في مصر وليبيا ولبنان والعراق هذا الحكم ، فزيادة على انها منعت كلها الشفعة عندما يكون المشتري احد الشركاء . فقد منعتها ايضا عندما يكون المشتري من اصول او فروع البائع مهما علوا وسفلوا . وكذلك اذا كان بين البائع والمشتري علاقة زواج ، او كان بينهما قرابة معينة . وان كانت قد اختلفت في تحديد هذه القرابة ، حيث اوصلها المشرع المصري ، والليبي ، والعراقي ، الى الدرجة الرابعة ، بينما حصرها القانون اللبناني في الاخوة والاخوات . وازاد المشرع المصري والليبي المصاهرة بين البائع والمشتري لخفاية الدرجة الثانية كمانع من الشفعة .

كما ان هذه القوانين (ما عدا اللبناني منها) نصت على ان العقار اذا بيع ليحصل محل عبادة او ليحصل بمحل عبادة فلا شفعة فيه (1) .

ولا يتصور في ظل القانون المغربي ان تجعل الحصة محالا للعبادة او ان تلحق بمحل عبادة . لان الشفعة لا تثبت في ظل هذا القانون الا في الملكية الشائعة ، وقواعد هذه الملكية لا تبيح للشريك ان يستعمل الحصة في غير ما اعدت لها بحسب طبيعتها ، ولذلك لا يتصور ان تباع الحصة الشائعة لتجعل محل عبادة او لتلحق بمحل عبادة ، لانه ليست مفرزة . وكل ما يمكن ان يتصور هو ان يشتريها المشتري ليحيسها - وهي شائعة - على محل عبادة ، فتكون بذلك تابعة لمحل العبادة ، وبالرغم من ذلك تجوز الشفعة فيها تبعا لما يقرره الفقهاء ، خصوصا وانه ليس في القانون العقاري اي نص يمنع من ذلك . بخلاف تشريعات البلاد العربية المذكورة فانها تثبت الشفعة في غير الملكية الشائعة كما في حالة الجوار ، ولذلك يمكن ان نتصور ان يباع العقار الذي تثبت فيه الشفعة ليحصل محل عبادة ، او ليحصل بمحل عبادة . وقد راينا المشرع يمنع الشفعة في هذه الحالة ما عدا المشرع اللبناني .

وكما يختلف القانون المغربي فيما ذكرنا عن قوانين البلاد العربية ، نراه يختلف عنها في كونه لم ينص على منع الشفعة في البيع الواقع بالمزاد العلني . ذلك ان القوانين المشار اليها تمنع الشفعة فيما اذا بيع العقار بالمزاد العلني وفقا للاجراءات التي يرسمها القانون اذا كان هذا البيع قد تم على يد القضاء او الادارة (حسب كل قوانين البلاد العربية المذكورة) او تم باختيار البائع فقط (حسب القانون المصري والليبي فقط) .

(1) انظر في هذا كله المواد 239 مصري . و 1/943 لبيبي و 244 لبناني . و 134 عراقي .
(2) تنص المادة 939 مصري على ما يلي : لا يجوز الاخذ بالشفعة : أ اذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لاجراءات رسمها القانون .

ويعمل فقهاء البلد المذكورة التي تمنع الشفعة فيما تسمى طريق المزاة العلني بان ذلك يضمن اتمام الناس على هذا النوع من البيع ، وبان الشريك كان في مكانه ان يتقدم للمزايدة ويحصل على شراء تلك الحصة لنفسه راسا . فتركه لهذا الشراء الى ان رما المزااد على الغير دليل على اعراضه عن ذلك النصيب وتنازله عن شفخته .

ولكننا نرى ان هذا الحكم لا يطبق في ظل القانون المغربي ، لانه لم ينص على حق الشريك من الشفعة في البيع بالمزاة العلني . بل ان هذا الحكم يتعارض مع ما نص عليه الفصل 33 من ان التنازل عن الشفعة قبل تسجيل الشراء يعتبر باطلا . الشيء الذي يفهم منه بالاحرى ان عدم مشاركة الشريك في المزايدة العلنية لا يسقط حقه في طلب الشفعة بعدد رسوالمزااد العلني وتسجيل البيع في الرسم العقاري . وان الشريك يحق له الحق عندئذ في انتقدم بطلب الشفعة في الاجل المحدد لها .

بخلاف قوانين البلاد العربية الاخرى فانها تعتبر التنازل عن الشفعة قبولا لموقع قبل البيع . ولذلك كان من المناسب ان تعتبر عدم مشاركة الشريك في المزااة العلني تنازلا منه عن الشفعة .

وبالفعل فقد سار القضاء المغربي على ان للشريك الحق في شفعة ما بيع بواسطة المزااد العلني . حيث اصدرت محكمة الاستئناف بالرباط ثلاثة احكام وصدروا عن المحكمة الابتدائية بفاس حكم رابع قضت كلها بثبوت حق الشريك في شفعة ما بيع عن طريق المزااد العلني (1) .

المبحث الرابع

المشفوع به

المشفوع به هو ما يؤيده الشفيع للمشفوع منه بمناسبة الشفعة . وقد اشار الفصل 25 الى ما يؤيده الشفيع للمشفوع منه عند الشفعة فقال : (. . بعد ادائه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما ادخل عليها من تحسينات وما ادى عنها من ضاريف لازمة للمقعد) .

وتبين من هذا النص ان الشفيع يجب ان يؤدى للمشفوع منه ما يلي :

(1) المـشـفـوعـ به . (2) مـشـرـوفـات العـقـارات .

(3) مـشـرـوفـات الادارة . (4) التـحـسـيـنـات .

وتكلم على هذه الاشياء التي يجب على الشفيع ان يؤدها للمشفوع منه . ثم على

الوقت الذي يجب عليه ان يؤدها فيه . وذلك في نقطتين :

(1) الاول بتاريخ 21 اكتوبر 1930 منشور بقرارات محكمة الاستئناف جزء 6 صفحة 64 .
والثاني بتاريخ 6 يواير 1937 منشور بنفس المجلة جزء 9 صفحة 293 . وثالثها بتاريخ 20 ماي 1941 منشور بنفس المجلة جزء 11 صفحة 181 . والرابع بتاريخ 15 يناير 1936 منشور بمجلة المحاكم المغربية لسنة 1936 . من دراسة الدفعة امام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 108 .

النقطة الاولى : ما يجب على الشفيع ان يؤديه للشفوع منه .

يجب على الشفيع ان يؤدي للشفوع منه ، جميع ما خرج من يده بمناسبة حصوله على الحصة المشفوعة من ثمن ، ومصروفات العقد ، ومصروفات الادارة ، وقيمة التحسينات التي ادخلها على الحصة المشفوعة . وذلك كما يلي :

(1) التمن . ويقصد به ما اداه المشتري عند الشراء . وهو الثمن الاسمي عليه في عقد البيع . الا اذا اثبت الشفيع ان ذلك الثمن مشورب ، وان الثمن الحقيقي اقل من الثمن الظاهر فلا يجب عليه حينئذ ان يؤدي الا الثمن الحقيقي . ويمكن ان يثبت ذلك بجميع طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود .

واذا اثبت المشتري ان الثمن المذكور في العقد اقل من الثمن الحقيقي ، فيجب على الشفيع ان يؤدي الثمن الحقيقي . وهذا ما تضمنته محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 19 ابريل 1934 (1)

ولا نحتاج الى التذكير بان للشفيع الحق في ان يطلب من الشفوع منه ان يحلف على ان الثمن المذكور في العقد او الذي اثبتته المشتري ظاهراً وبكفاً منه ، وأنه لا يخفي ثمناً اقل منه (2)

(2) المصروفات اللازمة للعقد . كاجرة السمسار واجرة العدلين او كاتب وثيقة البيع . وعائر التسجيل والطوابع المخزنية . ولكن الشفيع يطالب الا بالمصروفات المادية انسي بجزري المصرف بها . اما اذا ادى المشتري للسمسار اجرة مالية اكثر مما حددده المصرف ، اوى لكاتب الوثيقة اكثر مما يؤدي له عادة في مثل هذا العمل ، او اوى لادارة التسجيل نفاءً من تأخير تأخير عن تسجيل العقد في الوقت المناسب فان الشفيع لا يلزم باداء الفرق بين المصاريف العادية وما اداه المشتري فعلاً . وكذلك الحال فيما اذا اثبت الشفيع ان الثمن المذكور في العقد اكثر من الثمن الحقيقي فانه لا يؤدي ما سرقه المشتري في تسجيل القدر الزائد عن الثمن الحقيقي .

(3) المصروفات اللازمة لادارة العقار واستغلاله والتي انفقها المشتري منذ الشراء . كما اذا كان المقارب به عيب او كان البناء يريد ان ينقض ، او كانت المجاري معاللة ، او ابواب مكسرة . فساهم المشتري في اصلاحه ، وقدم نصيبه في نفقات ذلك الاصلاح . وكما لو ساهم المشتري في اجرة البواب الذي يحرس العقارة المشتركة . او اوى نصيبه في بناء سواقي لسقي الارض المشاعة . وكذلك اذا ساهم المشتري في اداء التريبة المترتبة على العقار المشترك عن المدة التي تلي شراء تلك الحصة . ومن المعلوم ان المشتري وقد اصبح مالكا للحصة التي اشتراها

(1) دكرو في الحقوق المبنية 306 نقلاً عن مجموعة احكام محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1934 - 138

(2) أصدرت محكمة الاستئناف بالرباط حكومتين قضت فيهما بتوجيه اليمين على الشفوع منه على

ان الثمن الظاهر كفاً به بتاريخ 11 مارس 1936 و 18 مارس 1936 من كتاب ممارسة الشفعة اطم المص

الفرنسية بالمغرب صفحة 181 نقلاً عن مجلة المحاكم المغربية سنة 1936 - صفحة 148 و 12

يجب عليه ان يساهم في تمت ادارة واستغلال الشيء المشاع ابقا لما يوجبه الفصل 969 التزامات عقود الذي ورد فيه ما يلي : (على كل واحد من المالكين على المشاع ان يحصل مع الباقيين التكاليف المفروضة على الشيء المشاع ونفقات ادارته واستغلاله . وبشأنه نصيب كل واحد منهم في التكاليف والنفقات بقدر حصته) . فاذا شفع الشريك تلك الحصة وجب عليه ان يدفع للمشتري غلطا ريفا ايضا .

(٥) فبما ان دخل المشتري على الحصة من تحسينات في المدة التي بين شرائه للحصة وقيام الشريك باحد المشتري قيمته في الشفعة . وذلك كقيامه باعمال الزخرفة او تجديد بيت الصاغة او كغيرها .

وفيما يتعلق بالتصديق يجب ان نشير الى انه نظرا الى ان المشتري لم يستمر حصة غيرة حتى تصير له ان يدخل عليها التجديدات والتحسينات التي يريد اذ خالها ، وانما اشترى حصة شائعة تخص في ادارتها وتسييرها للقواعد التي تباين على الملكية النائمة .

واذا كان يحق لكل شريك على الشباع ان يلزم بقية الشركاء بان يساهموا معه في تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشيء المشاع وصيانته . طبقا لما ينص عليه الفصل 968 التزامات عقود الذي ورد فيه ما يلي : (لكل مالك على الشباع الحق في ان يغير ياتي المالكين على الماشية معه . كل بقدر نصيبه . في تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشيء المشاع وصيانته ليقى ما لحا للاستعمال في الغرض الذي اعد له .) .

كما يجب على كل شريك ان يساهم - بقدر نصيبه - في التكاليف المفروضة على المقار ونفقات ادارته واستغلاله ابقا لما ورد في الفصل 969 التزامات عقود الذي ينص على ما يلي : (على كل واحد من المالكين على الشباع ان يحصل مع الباقيين التكاليف المفروضة على الشيء المشاع ونفقات ادارته واستغلاله . ويتحدد نصيب كل واحد منهم في هذه التكاليف والنفقات بحسب حصته) . ويترتب على ذلك ان الشفيع يلزم بان يؤدى حصة الصاريف للمشتري اذا كان قد ادعاها فعلا .

فانه لا يجوز لاي شريك ان يجري اي تجديد على المقار المشاع الا بموافقة بغيضة المالكين . وعلى هذا ينص الفصل 963 التزامات عقود الذي ورد فيه ما يلي : (ليس لاي واحد من المالكين على الشباع ان يجري تجديدا على الشيء المشاع بخير موافقة الباقيين . . .) . وهذا يعني انه لا يجوز لاي شريك ان يحدث في الارض المشاعة مثير بناء او غرسا الا باذن وموافقة بغيضة المالكين ، واذا خالف الشريك هذه القاعدة فاحدث تجديدا على المقار المشاع بدون اذن بغيضة المالكين فتطبق القواعد التي ينص عليها الفصل 963 المذكور . ويمكن تلخيصها فيما يلي :
١- اذا كان المقار المشاع مما يمكن قسمته شرعا في قسمته فان خرج الجزء الثاني بنسب فيه الشريك او غرس من نصيبه ملكه بما فيه من البناء والغرس . وان خرج من نصيب غيره كان لهذا الغير الخيار بين ان يدفع قيمة ذلك البناء والغرس ، وبين ان يلزم المالكين

2- اما اذا كان المد لا يقبل القسمة كالحمام والرحى ، فان لبقية الشركاء ان يلزموا هذا الباقي او الفارس بآلة ما بناء او غرسه ورد المقار الى الحالة التي كان عليها على نفقته ، مع حفظ حقهم في منعه بالتعويض فيما اذا لحقهم ضرر من جراء قيام الشريك بالبناء او الغرس في ارض مملوكة بدون موافقة بقية الشركاء .

كما انه لا يحق للشريك المطالبة بقية الشركاء بان يساهموا معه فيما صرفه على المقار من مصروفات نافعة او مصروفات الزينة والترف ، كزخرفة المقار المشترك ، او تجديد صباغته او تكيف نواته ، او تليط ابي وجدرانها بالرخام . الا اذا كان هؤلاء الشركاء قد اذنوا له في انفاق هذه المصارحة او دلالة ، كما اذا رآه يشرع فيها فلم يمتنعوا عليه . وهنا عوالم الحكم التي يعر عليه الفصل 970 التزامات وعقود بقوله : (المصروفات النافعة ومصروفات الزينة والترف التي انفقها احد المالكين على الشياخ لا تخوله حق الاسترداد تجاه الباقيين . ما لم يكونوا قد اتوا في انفاقها صراحة او دلالة) .

بناء على هذا فان المشتري لحة شائعة في عقار يخضع لهذه القواعد ، وتطبق عليه نفس الاحكام . بمعنى انه اذا بنى او غرس او ادخل تحسينا على المقار المشاع الذي اشتري فيه حصة شائعة فيكون الحكم كما يلي :

أ- اذا اتفق جميع المالكين على الشياخ على القيام بهذه الاعمال ، فان كل واحد منهم يتحمل نصيبا في نفقاتها على حسب حصته . ومنهم المشتري . فاذا شفع الشركاء او بعضهم حصة المشتري ، وجب عليهم ان يؤدوا له ما ساهم به في هذه التحسينات .

ب- اذا اجرى المشتري التحسينات على الحصة التي اشتراها فقط دون غيرها من بقية المقار وذلك باذن بقية الشركاء . وذلك كما لو فرضنا ان الشركاء كانوا اتفقوا على اجراء قصة استعملية للمقار المشاع . وحاز كل شريك جزءا منه على قدر نصيبه لينتفع به ، ثم باع احدهم نصيبه الشائع ومكن المشتري من الجزء الذي بيده ، ثم قام هذا المشتري بادخال تحسينات على تلك الحصة بموافقة بقية الشركاء ، ثم شفع هؤلاء الشركاء او بعضهم تلك الحصة من يد المشتري . فيجب على الشافع ان يؤدي قيمة تلك التحسينات . ولكن يبقى لنا ان نتساءل عما اذا قام المشتري بهذه التحسينات بمعدان بقية الشركاء له في ذلك . هل يعتبر انهم هذا تنازلا منهم عن حقهم في الشفعة اولا . لما سبق ان عرفنا من ان الشفعة بان الشريك اذا رآى المشتري حصة شريكه يمتنع ويحرم ، ولم ينكر عليه ذلك . فان حقه في الشفعة يسقط .

وللجواب على ذلك نقول اننا نرجح ان يعتبر ان الشريك للمشتري في البناء أو الغرس أو في ادخال تحسينات على المقار المشاع ، او على الحصة المشتراة يعتبر تنازلا منه عن حقه في الشفعة طالما يكن قد حصل ذلك قبل تسجيل الشراء في السجل العقاري فلا يعتبر حينئذ تنازلا عن الشفعة ، لما عرفنا من ان التنازل عن الشفعة قبل تسجيل الشراء لا اثر له . (1)

ج - إذا قام المشتري بإدخال تلك التحسينات على العقار المشاع أو على الحصة
المشتراة بغير إذن بقية المالكين ، كما إذا كان العقار مقسوماً بين الشركاء حصة استغلالية
فباع أحدهم نصيبه فيه ، ودفع للمشتري الحصة التي كانت تحت يده ، فقام هذا المشتري بالبناء
أو الخرس أو أعمال التزيين في تلك الحصة بغير إذن بقية المالكين ، ثم طلب الشركاء
أو بعضهم شفعة تلك الحصة ، فهل يحق للمشفوع منه أن يطلب الشفع ب مقابل عن
تلك التحسينات أولاً يحق له أن يسترد شيئاً من ذلك .

يمكن ان نختار احدى الحليين التاليين :

الحل الاول : هو ان يطبق نفس الحكم الذي يطبق على العقار غير المحفـفـة.

فقد سبق ان عرفنا ان المعتمد في المذهب المالكي ان المشتري اذا كان عالما ختما
بنسب او غرس ان له شفعاً ه فان هذا الشفع يخسر بين ان يؤدي للمشتري قيمة بنائهم
او غرسه على انه مقلوع ه وبين ان يامر به بقلعه (1)

ويمكن استنباط هذا الحكم من نفس الفصل 963 التزامات وعقود بالنسبة للتجديدات .
والفصل 970 من نفس الظهير بالنسبة للتزيين . وان كان هذان الفصلان لا يتكلمان
الا على عذقة المالك على الشياخ ببقية المالكين عند ما يقوم بإنشاء تجديدات او تزيين
المال المشاع .

(1) ذلك ان الفصل 963 المذكور ينص على انه اذا اجريت قسمة المال المشاع بعد قيام احد الشركاء باحداث تجديدات بدون اذن بقية المالكيين ، وخرج الجزء الذي اجريت فيه التجديدات في نصيب غير من اجراها ، فان من خرج من نصيبه ذلك الجزء يكون مخيرا بين ان يؤدي قيمة تلك التجديدات ، وبين ان يلزم من اجراها بازالتها واعادة الاشياء الى حالتها على نفقته مع التوفيق ان كان له محل ، ولا شك في ان هذا الحكم يمكن تطبيقه في تحديد ما يؤديه الشفيع للمشتري في نفس الحالة ، لان المشتري يعتبر كأنه بنى او غرس في ملك الغير ما دام قد بنى او غرس في جزء من عقار ملوك على الشياع من غير رضى بقية المالكيين ، زيادة على انه يعلم ان له شركاء وان لهم حق شفعة الحصة التي اشتراها . ولهذا يعتبر كمن بنى او غرس في ارض الغير عن سوء نية ، ويخضع للفقرة الاولى من الفصل 18 من الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة والتي تقول : (اذا قام احد باحداث غرس او بناءات او منشآت عن سوء نية وبدون علم رب الارض ، فلهذا الاخير الحق اما في الاحتفاظ بها مع اداء قيمة المواد واما الزام محدثها بازالتها على نفقته) .

(2) اما الفصل 970 التزامات وعقود فينس على ان (المصروفات النافعة ومصروفات الزينة والترف التي انفقها احد المالكين على الشياخ لا تخوله حق الاسترداد تجاه الباقيين ما لم يكونوا قد اذنوا في انفاقها صراحة او دلالة) وعلى ضوء هذا النص نقول ان المشتري اذا انفق على الحصة التي اشتراها مصروفات الزينة والترف من غير اذن الشركاء ثم شفقت من يديه فان هذا المشتري المشفوع فيه ، وان كان لا يستحق ان يسترد جميع ما انفق

في هذه التحسينات . طبقا لما صرح به هذا الفصل ، الا انه ليس من حق الشريك الشفيع ان يستأثر بهذه التحسينات بدون مقابل ، خصوصا وان المشتري يعتبر مالكا للحصة التي اشتراها ملكية تامة مادام لم يعرب الشريك عن رغبته في شفعة تلك الحصة ، ولذلك فاقصى ما يمكن ان نعامله به هو ان نعامله معاملة الفاضل الذي يدخل تحسينات على العقار المقصوب ، حيث يكون المقصوب منه مخبرا بين ان يامر هذا الفاضل بازالة تلك التحسينات ورد العقار الى حالته السابقة ، وبين ان يؤدي للفاضل قيمة تلك التحسينات بعد ان تقوم على اساس انها مقلوعة .

وهذا هو الحكم الذي يطبق في ظل التشريع المغربي على الباني او الفارس في ارض الفير بسوء نية . فقد نصت الفقرة الاولى من الفصل 12 من ظهير 19 رجب 1333 للمحدث للتشريع المطبق على المقاررات المحفظة على ما يلي : اذا قام احد باحداث غروس او بنايات او منشآت عن سوء نية وبدون علم رب الارض ، فلهذا الاخير الحق اما في الاحتفاظ بها مع اداء قيمة المواد واما الزام محدثها بازالتها على نفقته .

الحل الثاني : ان الشريك الراغب في الشفعة لا يؤدي للمشتري اي مقابل لهذه التحسينات التي ادخلها على الحصة بدون اذن الشركاء ، وهذا يعني ان للشريك ان يشفع الحصة بما اشتطت عليه من تحسينات ، ولا يؤدي للمشفوع منه الا الثمن الذي اشتراها به ، والمصاريف التي صرفها على الحصة دون ما انفق عليها فسي تحسينها وتزيينها .

ويمكن ان نستدل لهذا الحل بالفصل 970 نفسه على اساس القول بانه يفهم من هذا الفصل ان الشريك الذي يجري تزيينا في الماا المشاع بدون اذن بقية شركائه لا يحق له ان يسترد منهم اي شيء مقابل هذه التزيينات . ويمكن تبرير هذا الحكم بانه يعمل على محاربة التهرب من الشفعة عن طريق انتقال كامل الشفيع بقيمة التحسينات .

ذلك ان المشتري لحصة شائعة حينما يعلم انه يمكنه ان يسترد قيمة التحسينات من الشريك الشفيع قد يطالبه بالادخال لهذه التحسينات عليها ويصرف في ذلك مبالغ كبيرة . فيتعذر على الشريك الى التنازل عن شفعته ، لانه لا يرغب في اداء قيمة تلك التحسينات . بخلاف ما اذا علم المشتري ان الشريك لن يلزم بان يؤدي قيمة ما يمكن ان يجريه من تحسينات على الحصة بدون اذن شركائه . فانه لن يقوم بادخال هذه التحسينات .

ونرى ان الحل الاول هو الذي ينهي الاخذ به وتطبيقه ، لانه هو الحكم الذي يجري به العمل في المذهب المالكي ، ولانه يحقق توازنا بين مصلحة المشتري ومصلحة الشفيع ، لانه ليس من العدل ان يستأثر الشفيع بالتحسينات التي ادخلها المشتري بدون مقابل مهما كانت الظروف . كما انه ليس من العدل ايضا التزام الشفيع باداء كل ما صرفه المشتري على تزيين الحصة وتحسينها ، لان ذلك قد يؤدي الى تشجيع المتهرب على صرف ماله طائفا ، فيزيد الحصة لحدها . الشريك من مائة شفعة

فإذا أعطينا للشفيع الخيار بين أن يامر المشتري بقلع تلك التحسينات وبين أن يحذفها مقابلاً دفع قيمتها على أساس أنها منقوضة . فإن ذلك لن يتقلل كاهل الشفيع . لأنه عند ما يجد أن قيمة انقاص تلك التحسينات ثقيلة عليه فسيختار تكليف المشتري بها . ومن جهة أخرى فإن هذا الحل لن يشجع المشتري على القيام بهذه التحسينات لينضج تفكيره من ممارسة الشفعة . لأنه يعلم أن هذا الشريك له الحق في أن يأمره بقلع تلك التحسينات أو أن يستأثر بها مقابل قيمة انقاصها .

ويتبين من هذا كله ، أن الشفيع يسأل عن التحسينات في الحالات الآتية :

- (1) إذا اتفق جميع المالكين على القيام بهذه التحسينات على العقار المتنازع ، ففي هذه الحالات يلزم الشفيع بأن يؤدي للمشتري ما أداه في حقها التحسينات على الحصة الشفعية .
- (2) إذا قام المشتري بإدخال هذه التحسينات على الحصة بأذن بقيمة الشركة قبل تسجيل شرائسه في الرسم العقاري . فيلزم الشفيع بأداء قيمة تلك التحسينات ، أي ما صرفه المشتري من ائتمان للمواد ، واجهه للعمال .
- (3) إذا قام المشتري بإدخال تحسينات على الحصة بخلاف أن بقيمة الشركة . ففي هذه الحالة لا يلزم الشفيع بأداء كل ما صرفه المشتري في تحسين تلك الحصة وتثبيتها ، وإنما يكون مخيراً بين أن يأمر المشفوع منه بقلع تلك التحسينات أو أن يترك الحصة إلى ما كانت عليه حين الشراء ، وبين أن يؤدي له قيمة المواد التي استعملها في تحسين الحصة وتثبيتها بعد تقويم تلك المواد على أساس أنها مقلوبة .

النقطة الثانية : متى يؤدي الشفيع الثمن .

لم يتعرض المظهر المحدث للتشريع الذي يطبق على المقتضات المحفزة للشفعة الذي يجب فيه على الشفيع أن يؤدي الثمن للمشفوع منه ، إلا أن الفصل 25 يصرح بأن الشفعة تثبت للشريك بعد أن يؤدي الثمن والمصروفات للمشفوع منه . وهذا يعني أنه يجب على الشريك الذي يريد أن يشفع ، أن يؤدي الثمن والمصروفات للمشتري عند ما يعلنه برغبته في شفعة ما اشتراه مما هو في شركته . أي أنه يجب أن يكون أداء الثمن والمصروفات عند اعتماد الرغبة في الشفعة ، أو على الأقل داخل الثلاثة أيام التالية لهذا الاعتراف . فإن لم يؤدي الثمن والمصاريف حتى متى هذا أجل سقط حقه .

وعذا الحكم وإن كان قد نص عليه الفصل 31 فيما يتعلق بالحالة التي يقوم فيها المشتري بعد تسجيل شرائسه بتبليغ الشريك . إلا أنه تقاس عليه الحالتان الأخريان . وهما ما إذا أراد الشريك أن يمارس حقه في الشفعة داخل شهرين من تاريخ عقد الشراء الذي كان حاضراً عند تحريره . أو لم يحضره ولكنه طالب بالشفعة داخل السنة من تاريخ تسجيل شراء المشفوع منه بالرسم العقاري ، فيجب عليه في هاتين الحالتين أن يؤدي الثمن والمصاريف داخل ثلاثة أيام من يوم قيامه بتبليغ المشتري برغبته فسي الشفعة .

ويمكننا ان نستدل بهذا الراي بالفصل 974 التزامات وعقود الذي ينص على انه يجب على الشفيع ان يدفع ما عليه من الثمن والمصاريف داخل ثلثة ايام على الاكثر من تاريخ اعلان رغبته في الشفعة . لان هذا الفصل يتكلم على الشفعة . وما دام لا يوجد نص في الظهير المحدد للتشريع المطبق على المقارات المحفوظة ، فيجب الرجوع لطبيب الالتزامات والموقوف لانها الاصل ، خصوصا وان اجل الثلثة ايام لا اذا الثمن من المذهب المالكي ، حيث رأينا اصحاب هذا المذهب يحثون بشفيع اجل ثلث ايام لاحضار الثمن عندما يثبت استحقاقه للشفعة (1) .

ومن الاحوط للشفيع ان يتقدم بمرض الثمن والمصاريف على المشتري بواسطة كاتب العدل ، بعد حصوله على اذن بذلك من رئيس المحكمة . لان ذلك ينص له حقوقه فيما اذا رفض المشتري ذلك الثمن منه ، حيث ان كاتب الضبط سيجعل رفضه ، ويقوم بايداع الثمن والمصاريف في صندوق المحكمة لفائدة المشفوع منه ، كما تنص عليه الكفر على اجراء الشفعة (2) .

اما التحسينات ، فان الخالب ان المشفوع منه لا يطلب من الشفيع اداء مبلغا اثناء دعوى الشفعة المقامة ضده ، لانه يكون بصدده منازعة مالك الشفعة في مبدأ استحقاقه لها . حتى اذا حكم عليه بتمكين المدعي من الشفعة ، قام برفع دعوى ضد الشفيع بالبراءة فيها باءاء ما ادخله من تحسينات على الحصة المشفوعة عند ما كانت عنده ، ويثبت تجرى مناقشة القضية واذا تبين للمحكمة ان المدعي محق في طلبه حكمت على الشفيع باءاء مبلغ التحسينات بعد تعيينه ، اما باتفاق الطرفين او بواسطة خير تعينه المحكمة ، ثم ينفذ هذا الحكم بالارساق المادي للتنفيذ .

لكن اذا طلب المشفوع منه اثناء دعوى الشفعة - تكليف الشفيع باءاء مبلغ التحسينات ، وثبت للمحكمة انه يجب على الشفيع اداؤها وتحدد مبلغها - اما باتفاق الطرفين او على يد الخبير الذي عينته المحكمة لذلك . فانها تامر الشفيع بوضع ذلك المبلغ خلال اجل معين " ثلاثة ايام " . وحينئذ يجب على الشفيع ان يقوم بوضع المبلغ المطلوب منه خلال الاجل المعين له . ليحكم له بالشفعة .

ونشير الى انه يجب على الشفيع ان يؤدي للمشتري خلال الاجل المذكور ، جميع الثمن الذي وقع به البيع ولو كان الشفيع قد اشترى الحصة بثلث مؤجل ، او بثلث بخصه مجمل ومعهه مؤجل . وهذا قضت محكمة النقض بفرنسا ونقضت بذلك الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط التي حكمت بان الشفيع لا يؤدي الا ما اداء

(1) انظر صفحة : 160 .

(2) انظر صفحة : 334 وما بعدها .

المشتري فعلاً (1). معتمدة في ذلك على الفصل 25 الذي يصرح بأن الشريك يأخذ الحصة بدلاً من مشتريها.

وقد تمسكت محكمة الاستئناف ببرايتها حيث قضت قضيتين أخريين (2) بصحة العرض والادعاء بالنسبة للشريك الذي أدى جزءاً من الثمن الذي وقع بثمن بعضه مجملاً وبعضه مؤجل مع تعهد بأن يوفى باقي الثمن عند حلوله. ونصت على أن الشفعة مأخوذة من الشرع ولذلك يجب تطبيق أحكامها.

لكن محكمة النقض الفرنسية تمسكت بدورها بحقتها التي تمثل في أن الفصل 25 ينص على أن الشفعة تكون مقابل أداء الشفع للثمن والمصاريف، حيث أن أداء جزء من الثمن غير مفيد نفسي الشفعة، ولو كان الشقوق منه قد استقرى من بعضه مجزئاً بعضه مؤجلاً (3). وقد سبق أن تعرضنا لما يتعلق بالثمن المؤجل، صواباً أو خطأ، في ذلك ثم فصلنا الحالات التي قسم إليها علماء المالكية حالة الثمن المؤجل. والحلول التي استنبطوها لكل حالة.

ونكتفي بالأحالة على ذلك الوضع، لأن تلك الأحكام (وترتيب: الممول به ثم الراجح ثم المشهور) هي التي يتعين تطبيقها على شفعة المقار المحفوظة مادام لا يوجد في التشريع المقار نه يقضى بحكم معين (4).

ونذكر أخيراً أن الشريك يستحق الشفعة فيما إذا أثبت عوجباتها وأدى الثمن والمصاريف، سواء كان هذا الأداء من ماله، أو حصل عليه بصف من الغير، أو بهبة، أو بفقر ذلك. وهذا هو نفس الحكم الذي يطبق في النقص الأجنبي كما سبق أن عرفت (5).

وقد استعرضنا النقار الحاد الذي تاربين التقباء حول ما إذا تبين أن الشريك شفع لاجل أن يبيع للغير ما شفعه، هل ثبت له الشفعة أو يحكم بسقوطها، ورايين أن المناخيرين من المالكيين يرون أن الشفعة تثبت للشريك ولو كان يريد بيع الحصة التي شفعها، وأن قيامه ببيعها فعلاً عقب شفعها لا يطل شفعته (6). وهذا هو الحكم الذي يطبق في شفعة المقار المحفوظ (7) لأن ظهير 19 رجب 1333 لا ينص على أن

(1) نقض مدني بتاريخ 3 فبراير 36 منشور بقرارات محكمة الاستئناف جزء 7 صفحة 397.

(2) أحدهما بتاريخ 11 فبراير 1939. وثانيها بتاريخ 7 نوفمبر 1940 منشوران مما بقرارات محكمة الاستئناف جزء 10 صفحة 200 وجزء 11 صفحة 71.

(3) قرار بتاريخ 8 يوليوز 1946 منشور بمجلة القانون والسياسة للاتحاد الفرنسي جزء (1) سنة 1947 صفحة 110. وهذه الأحكام مأخوذة من كتاب مطارة الشفعة أمام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 198.

(4) انظر صفحة 122. (5) انظر صفحة 47. (6) انظر صفحة 47 إلى 53.

(7) بهذا صدر حكم من محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 25 نوفمبر 1944. من كتاب مطارة الشفعة أمام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 201 نقلاً عن قرارات محكمة الاستئناف بالرباط جزء 13 صفحة 13.

يجب على الشريك ان يشفع ليطرد . وناه على هذا ان الشريك الذي شفع الحصص المبيعة ، يجوز له ان يتصرف فيها بجميع انواع التصرف سواء كان ذلك بموثر او غيره ابتداء من تاريخ تسجيل انتقال ملكية الحصص المبيعة في الرسم العقاري . لكن لم تبين قبل الحكم بالشفعة ان الشفع لم يكن له اي نصيب في الشفعة الا ان ينتسب له الحصص من مشتريها ويخرجها من ملكه بدون اي عيب سقط شفعتها بذلك ولا يتكسب له بالشفعة حينئذ ، لان الشريك يعتبر ممثلاً في الحال حقه ، ولا شريك في انتمائه لا يجوز استعمال الحق بقصد الاضرار بالنير فقط .

وعلى هذا جرى الاجتهاد في مصر . فقد تحررت محكمة طنطا انه يجب رفض طلب الشفعة اذا ثبت ان الشفع اتفق مع شخص آخر على ان يقدم له الثمن الذي ياخذ به الصفقة بالشفعة في مقابل ان ياخذ هذا الشخص الآخر جزء من العقار المشفوع . وقضت محكمة الاستئناف مصر بان حق الشفع في الاخذ بالشفعة باطلاً ثبت انه عند ما علم بالشراء انهم رغبته في عدم الاخذ بالشفعة ، وانه ما يدعى بعد هذا التنازل اللفظية شخص اخر اراد ان يجعله سبيلاً لتلك العقار المشفوع (1) .

(1) الوسيط 742/9 هامش رقم (1) وحكم محكمة طنطا الصادر بتاريخ 30 ابريل 1918 ونشر بالمجموعة الرسمية 20 رقم 23 صفحة 27 . وحكم محكمة الاستئناف بمصر صدر بتاريخ 8 دجنبر 1931 ونشر بالجريدة الرسمية 33 الرقم 92 صفحة 174 .

الفصل الثاني

احكام الشفعة

بعد ان نكلنا على اركان الشفعة وما يتعلق بها . ننتقل الى الكلام على احكام الشفعة . ثم على موجبات الشفعة ، وعلى اجلها ، وعلى اجراءاتها . ثم على اثر الشفعة . وذلك في حصة واحدة .

المبحث الأول

موجبات الشفعة

يكفي ان نختصر ما ذكرناه في الفصل السابق انه يجب على طالب الشفعة ان يثبت ثلاثة اشياء .

- (1) اخلال الحصة الشائعة في العقار او في الحق العيني المطلوب شفخته .
 - (2) شركة طالب الشفعة على الشياع في ذلك العقار او الحق العيني المطلوب شفخته .
 - (3) ميارة الشفعة داخل الاجل . وذلك عن طريق عرضه الثمن والماريعة على المشتري عرضا حقيقيا قبل رفعه لدعوى الشفعة .
- ونكلم فيما يلي على كل واحد من هذه الشروط على حدة .
- اولا : انتقال الحصة الى المشفوع منه عن طريق البيع .

عرضا ان الشفعة في العقار المحفوظ لا تثبت الا في البيع ، ولا تثبت في غيره من التصرفات ، سواء كانت بمحض او بدونه . ولذلك فان الشريك لا يستحق الشفعة الا اذا ثبت ان حصة شريكه في العقار او في الحق العيني الذي يطلب شفخته قد انتقلت الى المشفوع عنه عن طريق شرائه لها .

والوسيلة التي تقبل في اثبات هذا الشراء ، هي ان يدلي بشهادة من المحافظين العقارية تبين ان تلك الحصة انتقلت الى المدعى ، ليه ، وانه اصبح شريكا على الشياع بفتح عينه عقد شراء مؤرخ بكذا ، والمسجل في الرسم العقاري الخاص بالحق المشاع . ونظرا الى ما ذكرنا سابقا من ان الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري ينص على ان التصرفات الارادية الرامية الى انشاء حق عيني على عقار محفظ او نقله لا يكون لها اي اثر ولو بين الاطراف الا اذا سجلت في الرسم العقاري ، وابتداء من تاريخ ذلك التسجيل نقسطة . فان الشريك لا يحكمه ان يطلب الشفعة فيما انتقل الى شخص اخر عن طريق البيع ، مما دام ان البيع لم يقع تسجيله في الرسم العقاري ، ولو اثبت ذلك البيع عن طريق الادلاء بنسخة من عقده .

وانما يمكنه في هذه الحالة - وهي الحالة التي تنتقل فيها الحصة المشاعة الى

مالك جديد طريق البيع ، ولا يقوم هذا المشتري بتسجيل شرائه في الرسم العقاري - ان يطلب الحكم على هذا المشتري بتسجيل شرائه في الرسم العقاري ، ليتسنى له ممارسة حقه في الشفعة . ويحكم حينئذ على المشتري بان يسجل شرائه في الرسم العقاري ليتسنى الشريك من ضمان حقه في شفعة تلك الحصة .

ومنه يتبين ما ذكرنا من ان الشريك لا يمكنه ان يطلب الشفعة الا بعد تسجيل الشراء في الرسم العقاري ، انه لا جرة بتاريخ الشراء الذي انتقلت بمقتضاه تلك الحصة المشاعة الى الشفع ، حساب الاجل الذي يحق للشريك خلاله ان يطالب بالشفعة . وانما المرة بتاريخ سجل ذلك الشراء في الرسم العقاري . كما سيأتي (1) .

ولهذا في الشريك يقضى على حقه في طلب الشفعة - وخصوصا اذا لم يحضر عند تحرير عقد الشراء - الى ان يقوم المشتري بتسجيل شرائه ، ولا يضره سكوتة عن المالك بالشفعة ، ما لم المشتري لم يقم بهذا التسجيل ، بل ان تنازل الشريك عن الشفعة قبل قيام المشتري بتسجيل شرائه لا يسقط حقه في الشفعة - كما راينا سابقا (2) - ولا يمكن للمشتري ان يحتج تجاه الشريك بانه تنازل عن الشفعة قبل التسجيل ، ولو حصل هذا التنازل بعد شراء ، كما لا يمكنه ان يحتج بفوات الاجل بناء على انه يتبدى من تاريخ الشراء .

وهكذا يتبين لنا ان عدم قيام المشتري بتسجيل شرائه في الرسم العقاري يجعل الشريك مخيرا بين ان ينتظر الى ان يقوم ذلك الشريك بتسجيل شرائه ليتقدم بطلبه للشفعة ، ولو لم يقم المشتري بذلك التسجيل الا بعد الشراء بعدة سنوات . وبين ان يطلب من المشتري تسجيل شرائه ليتسنى من ممارسة حق الشفعة .

وأذا أثبت الشريك شراء المطلوب بالشفعة للحصة التي يطلب شفعتها ، فلا يقبل من هذا المشتري ان يدعي ان ذلك البيع صوري ، يخفي تبرعا او هبة . اي ان المشتري اذا ادعى انه لم يقم في الحقيقة تلك الحصة ، وانما وهبت له او تبرع عليه صاحبها بها بدون ثمن ، وانه لا مجال للشفعة من اجل ذلك ، لانه لا شفعة الا في البيع دون التبرعات ، ولو اثبتته ، لما هو معروف من ان للخير في الصورية ان يتمسك بالعقد الظاهر دون العقيد الباطن .

(1) وان كان المشرع قد استثنى الحالة التي يحضر فيها الشريك عند تحرير الشراء الذي انتقلت اليه بموجبه حصة شريكه الى مالك جديد فانه يجعل في هذه الحالة الاجل الذي يحق للشريك فيه ان يطالب بالشفعة خلاله هو شهرين من يوم تحرير ذلك العقد ، لا من يوم تسجيله . ولكننا سنناقش هذه الحالة . ونبين ان قواعد التحفيظ توجب ان يكون بداية اجل الشفعة من يوم تسجيل الشراء ، لا من يوم تحريره . انظر صفحة : 314 وما بعدها .

(2) انظر صفحة : 273

وعلى العكس من ذلك ، لو فرضنا ان احد الشركاء على الشياح في عقار او في حق عيني عقاري ، باع حصته لآخر ، ولكنهما عمدا الى الصورية عن طريق اخفاء هذا البيع واطهار التبرع او الماوضة ، ليفوتا على الشريك حقه في الشفعة . فان لهذا الشريك ان يثبت الصورية ، ويستحق الشفعة حينئذ .

ثانيا : شركة الشفيع على الشياح في الحصة المطلوب شفعتها .

نظرا الى ان الشفعة لا تثبت الا للشريك بجزء شائع في العقار او في الحق العيني العقاري الذي يطلب الشفعة في الحصة المبيعة منه . فانه يجب على طالب الشفعة ان يثبت انه مالك على وجه الشركة فيما يطالب بشفعته . بحيث يثبت انه كان مالكا لجزء شائع بنسبة معينة عند بيع شريكه لخصمه ، وانه بقي مالكا للس حصة اعلان رغبته في الشفعة ومطالبته لها .

ويجب ان يكون الدال على الشفعة مالكا بعقد صحيح ومسجل في الرسم العقاري . فان كان مالكا بعقد باطل ، او بناء على بيع معلق على شرط واقف ، او بعقد شراء صوري ، فلا يستحق الشفعة ، لانه ليس مالكا ملكا صحيحا (1) . بخلاف ما اذا كان مالكا بناء على عقد قابل للإبطال ، فانه يستحق الشفعة اذا طلبها قبل ان يتقرر ابطال ذلك العقد . وتستقر الحصة المشفوعة في ملكه حتى لو تقرر بعد ذلك ابطال ذلك العقد القابل للإبطال والذي شفع بموجبه ، لانه كان مالكا ملكا صحيحا اثناء مطالبته بالشفعة (2) .

أ - فان لم يكن مالكا لحصة شائعة حين بيع الشريك لخصمه ، كما لو فرضنا ان احد الشركاء باع حصته لشخص ، ثم باع شريك آخر حصته لشخص آخر ، فليس لهذا المشتري الثاني ان يطلب شفعة ما اشتراه المشتري الاول . لان الشفعة انما تكون للمالك القديم ضد المالك الجديد .

وهذه القاعدة لا تثير اية مشكلة فيما اذا سجل المشتري الاول شراءه قبل تسجيل شراء المشتري الثاني .

لكن يمكن ان نتساءل عما اذا قام المشتري الثاني بتسجيل شرائه في الرسم العقاري قبل ان يسجل المشتري الاول شراءه فيه . فهل يستحق هذا المشتري الثاني شفعة ما اشتراه المشتري الاول بالرغم من انه لم يكن شريكا حين قيام الشريك ببيع حصته للمشتري الاول ، ولا يمكن له الحق في الشفعة حينئذ . وهل يستحق المشتري الاول شفعة ما اشتراه المشتري الثاني بالرغم من كونه لم يسجل شراءه الا بعد تسجيل شراء هذا المشتري الثاني ، لانه كان مالكا حين وقوع الشراء الثاني .

(1) الوسيط ط 585/9 .

(2) الوسيط ط 588/9 نقلا عن اسماعيل غانم .

للجواب على هذا السؤال نقول انه لا عبء في ظل القانون العقاري بتاريخ البيع، وانما العبء بتاريخ تسجيل هذا البيع . بمعنى ان البيع لا يعتبر موجودا الا من تاريخ تسجيله في الرسم العقاري ، وذلك لان الفصل 67 المشار اليه يصرح بان التصرفات الارادية الواقعة على عقار محفظ لا يكون لها اي اثر ولو بين الاطراف الا ابتداء من يوم تسجيلها في الرسم العقاري .

وهذا ما تسير عليه المحاكم فعلا ، فقد رفضت المحكمة الاقليمية بفاس طلب المصادقة على المرسوم بالوفاء والحكم بالشفعة حيثما تبين لها ان طالب الشفعة (ان اشترى واجبا في العقار موضوع الطلب قبل شراء المصطلوب بالشفعة ، والا ان هذا الاخير سجل شراءه قبل ان يقوم المدعى بتسجيل شرائه .

وصححت محكمة الاستئناف بفاس هذا الحكم بناء على انه لا عبء باية حقوق عينية وصححت محكمة الاستئناف العقاري ، وعلى ان شراء المستأنف " طالب الشفعة " وان كان قد تم قبل شراء المستأنف عليه " المصطلوب بالشفعة " الا ان هذا الاخير بادرا الى تسجيل شرائه قبل تسجيل شراء المستأنف عليه . ولذلك فلا يمكنه ان يطالب بالشفعة استنادا الى انه مالك وما دام هذا الحق لم يسجل الا بتاريخ لاحق .

ورفض المجلس الاعلى طلب النقض الذي تقدم به طالب الشفعة ضد هذا الحكم مستنداً الى ان العبء في الاحقية بالاخذ بالشفعة هو لتاريخ العقد ، لا لتاريخ التسجيل . ورد المجلس الاعلى على هذا بانه : تطبيقا لمقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير 13.8.1913 فان كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير الا من يوم تسجيله في الرسم العقاري ، وان الافعال الارادية والاتفاقات التعاقدية الرامية الى تأسيس حق عيني او نقله الى الغير او الاعتراف به لا ينتج اي اثر ولو بين الاطراف الا من تاريخ التسجيل ، ومعنى ذلك انه لا تثبت لطالب الشفعة صفة الشريك الذي يستحق الشفعة الا اذا كان شراؤه مقيدا بالتسجيل العقاري قبل تقييد شراء المصطلوب منه الشفعة . اما اذا كان تقييد شرائه بتاريخ لاحق لتقييد شراء المصطلوب كما في النازلة فله ، ولو كان تاريخ عقده شرائه سابقا على عقد شراء المصطلوب الذي صادر فسجل شراءه بالتسجيل العقاري (1) .

وتطبق هذه القاعدة نرى ان المشتري الاول الذي لم يسجل شراءه الا بعد تسجيل شراء المشتري الثاني لاحق له في شفعة ما اشتراه هذا المشتري الثاني ، لانه لا يمكنه ان يحتج بانه كان مالكا حين شراء المشتري الثاني .

وعلى العكس من ذلك يكون للمشتري الثاني الحق في شفعة ما اشتراه المشتري الاول ، لانه لما كانت العبء بتاريخ التسجيل لا بتاريخ البيع ، فان كل مشتري لا يعتبر مالكا الا من تاريخ تسجيل شرائه في الرسم العقاري . وهذا يعني ان المشتري الثاني الذي سجل شراءه قبل شراء المشتري الاول ، يعتبر مالكا قبل المشتري الاول .

ولهذا قلنا انه لا بد ان يثبت طالب الشفعة انه كان مسجلا في الرسم العقاري بصفته مالكا ، حين شراء المشفوع منه لحصة احد شركائه . ولا يكفي ان يثبت انه كان مالكا بالفعل قبل ذلك الشراء . ما دام لم يثبت ان حقه سجل في الرسم العقاري حين وقوع الشراء المطلوب فيه الشفعة .

فان لم يثبت انه كان مسجلا في الرسم العقاري بصفته مالكا حين شراء المشفوع منه ، لم يكن له الحق في الشفعة .

ويقع كثيرا ان يموت احد الشركاء في عقار محفظ ، فلا يقوم ورثته بتسجيل حقوقهم في الرسم العقاري الخاص بذلك العقار ، ثم يبيع احد الشركاء (من غير الورثة) حصته في ذلك العقار ، فلا يمكن لهؤلاء الورثة ان يطلبوا الشفعة ، لانهم وان كانوا مالكيين في الحقيقة لحصة موروثهم ، الا انهم ليسوا مسجلين في الرسم العقاري بصفته مالكيين .

وهذا يعني ان الحصة الوحيدة التي يثبت بها طالب الشفعة انه كان مالكا حين بيع شريكه حصته ، هي ان يثبت ان اسمه مسجل في الرسم العقاري الخاص بذلك العقار او بالحق المينسي المطلوب شفخته .

(ب) ولو ان شخصا اشترى حصة في عقار محفظ ، وقام بتسجيل شرائه في الرسم العقاري ، ثم مات احد الشركاء في ذلك العقار ، فانقلت حصته الى ورثته ، وقام هؤلاء الورثة بتسجيل حقوقهم كورثة في الرسم العقاري ، فانهم يستحقون شفعة ما اشترى ذلك الشخص من شريك موروثهم (ولو لم يعلن الموروث قبل موته عن رغبته في الشفعة) بالرغم من انهم لم يكونوا مالكيين حين شرائه ، لان حق الشفعة ثبت لموروثهم ، وقد سبق ان عرفنا ان الملكية يورث ان حق الشفعة يورث . ويقتل الى الورثة بنفس الصفة التي كانت لموروثهم ، بمعنى انهم لا يستأنف لهم اجل جديد ، وانما يكون لهم ان يطرسوا الشفعة خلال ما بقي من الاجل على تقدير ان موروثهم ما زال حيا (1) .

وهذا ما سارت عليه المحاكم . فقد نصت المحكمة الاقليمية بالرباط على هذه القاعدة عند ما قالت : ان الموروث كلن له الحق في الاخذ بالشفعة الى غاية 11 يراير 1966 " تاريخ انقضاء السنة على تسجيل البيع في الرسم العقاري " وان مات عن حق فلوارثه . ويتنزل منزلته

(1) انظر صفحة : 247 لكن لو فرضنا ان هؤلاء الورثة جميعا طالبوا بالشفعة قبل ان يسجلوا في الرسم العقاري بصفته مالكيين لحصة موروثهم ، فانهم لا يستحقون الشفعة ، لانه لا يمكنهم ان يطلبوا الشفعة باسم موروثهم لانه توفي ولم يبق مالكا . ولا يمكنهم ان يطلبوها باسمهم ، لانهم لا يثبتون سركاء ما داموا لم يسجلوا في الرسم العقاري بصفته مالكيين .

في ذلك الحق الذي هنا هو حتى الاخذ بالشفعة المتمد الى 11 يراير 1966 ، وان الورثة حسن البوا الاخذ بالشفعة لم يتجاوزوا المدة التي كانت لموروثهم وفي نفاقها استعملوا حتى الشفعة ، كما لو كان موروثهم هو الذي قام بذلك الحق (1) .

ثم اذا كان الشفع هو الشريك الوحيد الذي يطلب الشفعة ، او هو الشريك الوحيد الذي يستحقها ، بان كان اولى من غيره بالشفعة ، فانه لا يحتاج الى بيان نسبة ما يملكه في العقار او الحق الميني الذي يطلب شفخته ، لانه ما دام هو الشفع الوحيد فانه يستحق شفعة جميع الحصة البقية ، سواء كانت اقل او اكثر من حصته هو . اما اذا تعدد الشركاء الذين يطلبون الشفعة ، وكان الحق لهم جميعا في البال شفعة ، بان اثبتوا جميعا انهم في مرتبة واحدة ، فيجب على كل واحد منهم ان يبين نسبة الحصة التي كان يملكها حين طلبه للشفعة ، لما عرفنا من ان الشركاء اذا تعددوا والبوا الشفعة جميعا ، وكانوا في مرتبة واحدة ، فان الحصة البقية توزع عليهم بنسبة ما يملكه كل واحد منهم .

ولو فرضنا ان عقارا مملوك على الشياح بين اربعة اشخاص ، بنسبة الربع لكل واحد ، ثم باع احدهم نصيبه لشخص آخر ، فطلب الثلاثة الباقيون الشفعة ، واثنا ذلك توفي احدهم فورثه الآخر ، او وهب احدهم نصيبه للثاني ، بحيث اصبح احد الشريكين الباقيين يملك نصف العقار ، بينما بقي الآخر يملك الربع ، فان الحصة المشفوعة توزع عليهما بحسب ما يملكه كل واحد منهما ، بحيث ياخذ صاحب النصف ثلثيها ، وياخذ صاحب الربع ثلثها . لان ذلك الشريك الذي اصبح يملك حصة شريكه بالارث او الهبة يعتبر قد حل محل المالك لتلك الحصة في جميع حقوقه ، ومن جملتها الحق في الشفعة على قدر نصيبه .

وعلى العكس من ذلك ، لو فرضنا ان احد الشركاء فوت جزئا من حصته بعد بيع شريكه لنصيبه ، فان ذلك الشريك لا يستحق الشفعة الا بقدر ما بقي له من حصته ، ولا يستحق من انتقل اليه ذلك الجزء الشفعة ، لانه لم يكن شريكا حين البيع .

وكما يجب ان يكون الدال للشفعة شريكا حين شراء المشفوع منه لحصة شريكه التي يال شفعتها ، يجب ايضا ان يستمر شريكا الى حين الحكم له بالشفعة ، فان لم يبق شريكا ، حين الحكم له بالشفعة ، كما اذا باع حصته او وهبها اثناء دعوى الشفعة ، فان حقه في الشفعة يسقط ، لانعدام المصلحة التي شرعت الشفعة من اجلها ما دام لم يبق شريكا .

ويتلخص من هذا كله ان الشريك الذي يستحق الشفعة ، هو الشريك الذي يثبت له سجل في الرسم العقاري بصفته شريكا على الشياح في العقار او الحق الميني الذي باع شريكه حصته فيه ، ويستمر مالك لتلك الحصة الى ان يحكم له بالشفعة .

وقد أحسن المشرع المغربي حيا قرار الشفعة لانه لا يمكن ان كان مسجلا في الرسم العقاري بمقتضى شريكا في العقار او في الحصة مبيع الشفعة ، لانه تفادى بذلك كثيرا من الأضرار التي تنتج عن تطبيق القاعدة التي جردا عرفنا . عند الكلام على شفعة العقار غير المحفوظ ، والتي تقتضي بان الشفعة تحت لكل مائتات اعشار شريكا حين انتقال الحصة التي يملك شفعتها ، ولو لم تكن حركته ثابتة حين البيع . فذلك كمن يرفع الدعوى على من اشترى عقارا - منذ مدة طويلة - يطلب الحكم له باستحقاقه من ذلك المقار لانه ماله له ، والشفعة في الباقي . ومن اجل ان الشفعة لذلك الجزء ، فيحكم له باستحقاق الجزء وشفعة الباقي . لانه حين من عقار الحكم انه كان شريكا حين بيع شريكه لنفسه ، وبذلك ينتزع الجزء الشفوع من يد المالك بنفس الشفيعين الذي اشتراه به بالرغم من ارتفاع قيمته .

ثالثا / ان يمارس الشفعة داخل الاجل .

يجب على الشريك الراغب في شفعة الحصة اتي يملكها ان يمارس حقه في الشفعة خلال الاجل الذي حدده القانون .

وقد عرفنا فيما سبق - عند الحكم على شفعة العقار غير المحفوظ - ان للشفعة اجلا محددا يجب على الشريك ان يستعمل حقه في الشفعة خلاله (1)

وعرفنا ايضا ان الاجل - عند الثانية - يختلف باختلاف الحالات المذكورة الآتية :

(1) اذا رفع من انتقلت اليه الحصة دعوى على الشريك المتحقق للشفعة يطلب منه فيها ان يمارس الشفعة فورا والا سقط حقه ، فانه يجب على الشريك ان يمارس الشفعة خلال ثلاثة ايام والا سقط حقه فيها .

(2) اذا حضر الشريك عند تحرير العقد الذي انتقلت بقتله الحصة من مالكها الى الشفيع منه ، فانه يجب عليه - اذا رغب في الشفعة - ان يمارسها خلال شهرين من تاريخ ذلك العقد ، والا سقط حقه فيها .

(3) اذا لم يحضر الشريك ذلك العقد ، فان الاجل الذي يملكه ان يمارس الشفعة خلاله هو سنة تبتدىء من تاريخ علمه بانتقال تلك الحصة الى الشفيع منه .

وقد تمسك المشرع المغربي بنفس هذه الاجال بالنسبة لشفعة العقار المحفوظ ، وان كان قد اخضعها للاحكام التي تنظم مع قواعد التحفيظ العقاري .

وبنوع من هذا ان الاجل الذي يمكن للشريك ان يستعمل الشفعة خلاله يتنوع الى شفعة انواع هسي :

(1) أجل ثلاثة ايام .

(2) أجل شهرين .

(3) أجل سنة .

فما النسبة للمذي حضر عقد البيع يمكن ان يطلب الشفعة داخل شهرين
و بالنسبة لمن لم يحضره يبقى له الحق في ان يطلب الشفعة ~~دائما~~ سنة . لكن
اذا وجه المشتري الى الشريك - في الحالتين معا - انذارا يطلب ~~في~~ الاخذ
بالشفعة فورا او التخلي عنها ، نأ : يجب على هذا الشريك ان يستعمل هذا الحق
لذا كان راجيا في الشفعة - داخل ثلاثة ايام .
ونظرا الى أن لكل واحد من هذه الآجال احكاما خاصة ، نأتالي بمحشا
خاصا لأجل الشفعة ، وهو المبحث التالي :

المبحث الثاني

أجل الشفعة

قلنا ان حق الشفعة يخضع لثلاثة آجال بحسب ما اذا كان المشتري
قد طالب من الشريك ان يستعمل حقه في الشفعة اولم يطلب منه ذلك . وحسب
ما اذا كان الشريك الراغب في الشفعة قد حضر عقد البيع الذي انتقل بوجه الجزء المشفوع
الى المشفوع منه اولم يحضر ذلك المقعد .

وفي الحالة الاولى : لا يمتدى الاجل ثلاثة ايام .

وفي الحالة الثانية : ينحصر الاجل في شهرين .

وفي الحالة الثالثة : يمتد الاجل سنة كاملة .

ونتكلم على كل واحد من هذه الآجال على حدة . ثم نشير الى بعض الاحكام
التي تتعلق بهذه الآجال . ثم نتكلم على اجل الشفعة بالنسبة للعقار في طور التحفيظ .

النقطة الاولى : أجل ثلاثة ايام .

ينص الفصل 31 على ما يلي : (ان المشتري يمكنه بعد تنفيذ شرائه ان يلفسه
كل من له الحق في الشفعة ، ويسقط حق هذا الاخير ان لم يطلبه داخل ثلاثة
ايام من تاريخ هذا التبليغ تضاف اليها اجل المرافعة) .

ومقتضى هذا الفصل يحق للمشتري الذي سجل شراؤه في الرسم العقاري (1) ان

يلغ هذا الشراء الى كل الشركاء الذين لهم الحق في الشفعة ، (وهم بطبيعة الحال

جميع الشركاء على الشياع او العقار او الحق العيني الذي اشترى هذا الشري حصة شائعة

(1) قضت محكمة الاستئناف بالرباط بان قيام المشتري باعلان الشريك بالشراء قبل تحويله لا ينتج اي اثره
ذلك في حكمين لهبط بتاريخ : 21 أكتوبر 1930 و 29 نوفمبر 1939 من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية
المغرب صفحة 153 نقلا عن قرارا لمحكمة الاستئناف جز 6 صفحة 64 . وجز 10 صفحة 500 .

منه . سواء كان هؤلاء الشركاء جميعها في درجة واحدة او بعضها اولى من بعض) وهذا التبليغ يكون اما بواسطة رسالة مضمونة مع اشعار بالوصول . واما بواسطة كتابة الضبط . وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي ، فقد ورد في حكم صادر عن محكمة الاستئناف بفاس ما يلي :

وحيث يستفاد من مقتضيات الفصل 31 من الظهير 1915 المحدد للتشريع المطبق على الاملاك المحفظة ، ان للمشتري بعد تقييد شرائه ان يعلنه لكل من له حق الشفعة ، ويسقط حق هذا الاخير ان لم يمارسه خلال ثمانية ايام من تاريخ التبليغ مع مراعاة اجل المسافة . وحيث يظهر من الفصل المذكور ان المشرع لم يشترط طريقة خاصة للتبليغ ولم ينص على انه لا يكون الا بكتابة الضبط ، كما لم يشترط ان يكون محميا بنسخة من عقود الشراء .

وحيث ان المدار هو حصول العلم لدى الشريك بان هناك شخصا اجنبيا اشترى من شريكه واجبه .

وحيث ان هذا العلم يحصل بماي وسيلة كانت (1) .

كما ان المجلس الاعلى نقض الحكم الذي اصدرته نفس المحكمة في قضية اخرى خالفت فيه هذه القاعدة ، حيث قضت بان التبليغ الذي وجهه المشتري للشريك من غير ان يراعى فيه مقتضيات الفصل 55 من المسطرة المدنية لا يعتبر . وقد علل المجلس الاعلى نقضه لهذا الحكم بما يلي :

لكن حيث ان الفصل 31 من الظهير المطبق على العقارات المحفظة لا يشترط اي شكل معين للتبليغ ، كما انه لا يحيل على قواعد المسطرة المدنية ، فتكون المحكمة بتطبيقها على التبليغ المذكور في الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية قد خالفت خص الفصل المشار اليه اعلاه ، وعرضت حكمها للنقض (2) .

ويجب على المشتري ان يضمن هذا التبليغ جميع البيانات الكافية من اسم البائع واسم المشتري وعنوانه ، والحصة المشتراة ، وقدرها ، ورقم الرسم العقاري ، ومقدار الثمن والمصاريف ويخبره فيه بانه مستعد لتمكينه من الشفعة فيما اذا رآه في له دا خيل ثلاثا ايام من تاريخ تهيئه بهذا التبليغ الثمن والمصاريف .

(1) قرار عدد 77/2247 بتاريخ 24 رجب 1397 الموافق 12.12.1977 في القضية عدد 4393 (لم ينشر) وقد تقدم المحكوم ضده بطلب نقضه مستندا في ذلك الى انه يجب ان يكون التبليغ بواسطة كتابة الضبط ومشفوعا بنسخة من رسم الشراء الا ان المجلس الاعلى رفض هذا الطلب .

(2) القرار عدد 339 بتاريخ 27 اكتوبر 1977 منشور باختصار بمجلة القضاء والقانون عدد 128 .

وحيث أنه يجب على الشريك الذي تحصل بهذا التبليغ أن يمارس الشفعة داخل
ثلاثة ايام من تاريخ التبليغ.

وتتم الممارسة في هذه الحالة عادة بان يعلن الشريك الراغب في الشفعة والذي
توصل بهذا التبليغ المشتري برغبته هاتمه رأساً ، ويؤدي له الثمن والمصاريف،
ويحرران عقداً بحتراف فيه المشتري بتكوين الشريك بالشفعة . وهذا تنهني القضية .
ولا يقضى الا ان يسجل الشفع هذا العقد بالمحافظة العقارية ، ليكون حجة ضد
الجميع .

وإذا لم يقبل المشتري الثمن الذي عرضه عليه الشريك ، او لم يحرر معه
عقد تنازله عن الحصصة المشفوعة . فعلى هذا الشريك ان يقوم بايداع الثمن
والمصاريف بصندوق المحكمة لحساب المشتري داخل الثلاثة ايام المذكورة ، وكفيه فسي
منه الحالة ان يتقدم الى رئيس كتابة الضبط مستدلاً بالتبليغ الذي تحصل به من المشتري
ويطالب منه ان يودع الثمن والمصاريف في صندوق المحكمة لحساب المشتري .
ويمكن للشريك الذي تحصل بالتبليغ المذكور ان يلجأ رأساً الى كتابة الضبط
ايداع الثمن والمصاريف بصندوق المحكمة فيما اذا خشي ان يفوت المشتري عليه الاجل
اذا اتصل به بعد توصله بالتبليغ .

فان مضى الاجل المذكور ولم يمارس الشريك حقه في الشفعة ، بحيث لم يعرب عن
رغبته في الشفعة ، او لم يؤدي الثمن والمصاريف للمشتري ، او لم يتم ايداع بصندوق المحكمة
فان حقه في الشفعة يستط . ولا يستطيع ان يتمسك باي اجل اخره لان هذا التبليغ
اذا وقع على الوجه القانوني يقطع كل اجل على الشريك . وذلك لان الفصل 31 المذكور
ينص على الاجل المشار اليه اجل سقوط . لا تقادم . وهذا يعني انه لا يمكن وقف
هذا الاجل ولا قلمه (1) .

ومعلوم ان المشتري اذا ابلغ الشريك بشرائه بل ان يقوم بتسجيله في الرسم
المقاري فان ذلك الشريك لا يكون ملزماً بان يمارس حقه في الشفعة داخل ثلاثة ايام ،
وانما يبقى على حقه في الشفعة كانه لم يتوصل بهذا الانذار . وذلك لان الفصل 31 المشار
اليه ينص على ان اجل الثلاثة ايام انما تكون بالنسبة لمن وجه التبليغ بعد تسجيل
شرائه في الرسم المقاري .

(1) الدكتور مامون الكزبري في كتابه : التحفظ المقاري والحقوق المعينة

الاعلية والتبعية ، مطبعة النجدة الجيدة

ولكن يمكننا ان نتساءل عن معنى كلمة " توريد " الواردة في الفصل 31 المشار اليه

هل المقصود بها تسجيل الشراء في الرسم العقاري أو ان يكون بها مجرد ايداع عقد الشراء في المحافظة القضائية .

اذا رجعنا الى قانون التصفية نجد انه نص على ان ائتمار الحقوق وتسجيلها في السجل وفي الرسم العقاري ، يعتبر كل حال لم يتم تسجيله موجودا ولا يمكن ان يحتاج به في مواجهة اي شخص قبل التوقيع .

وبما لذلك فاننا نرى ان المقصد بالتوريد المذكور في الفصل 31 هو تسجيل الشراء

في السجل والرسم العقاري ، لا مجرد الايداع ، خصوصا وان الغير لم يكن مطلع على المقود بمجرد ايداعها ، وانما يتصور له ان يطلع عليها عندما يتم تسجيلها .

وهذا ما تمسكت به كل من المحكمة الثانية وحكمة الاستئناف بالدار البيضاء حينما

حكما بقبول طلب المرفض وتمكين الطالب من الشفعة المطلوبة ، باليضا من انه لم يقدم بالمرفض

والايداع الا بعد مرور اكثر من ثلاثة ايام على تولد من المشتري بتسليم المثار اليه في الفصل 31

31 . بناء على ان التبليغ الذي قام به المني عليهم لا يعتبر بمثابة حل ممارسة حقوق

الشفعة طالما ان الفصل 31 المذكور لا ينص على تقديم عقد شراء حياضك العقاري ، مما جعل تبليغهم ذلك سابقا لاوانس . (1)

وهذا يعني ان المحكمتين المذكورتين اخبرتا ان المراد بالتوريد ، التسجيل بالرسم

العقاري ، لا مجرد ايداع .

لكن المجلس الاعلى نقرر هذا الحكم اذ ان التوقيع الذي ائتمار المحافظة العقاري في سجل

الايداع ، هو وحده الذي يعتبر تاريخا للتوريد بالسجل ، ولذا لم يملك فطادام طالب الشفعة

قد توصل بالتبليغ بعد ايداع المشتري اشرائه ، ولم يادر الى طلب شفعة داخل اجل

ثلاثة ايام ، فانه يكون قد قدم بطلبه بعد نوات الاوان (2) .

(1) قضية عقارية عدد 2571/7 وملخصها ان طالب الشفعة توجه يوم 27.10.73 برسالة

مضمونة تتضمن التبليغ المشار اليه في الفصل 31 فاودع الثمن واخبر يوم 12.11.73 ثم

تقدم بدعوى تصحيح المرفض وطلب الحكم له بالشفعة ، فجاب المدعي عليهم بان الطلب وقع خارج الثلاثة

ايام وفرد الطالب بمان الفصل 31 لا يطبق عليه ما دام ان رسم الشراء لم يسجل في السجل

العقاري الا يوم 16.11.73 وبذلك يكون التبليغ الذي تقدم به المني غير ذي اثره لانه

كان قبل التسجيل . وعقب المدعي عليهم بانهم اودعوا رسم الشراء لدى المحافظة

المقاربة يوم 26.10.73 . وادوا واجب التقييد يوم 27.10.73 . وان هذا التاريخ

هو الذي يجب اعتباره كتاريخ لتسجيل الشراء . وان كان الحافة قد تاخر عن كتابة مضمون

القد فسي الصمدك العقاري .

(2) قرار المجلس الاعلى عدد 616 بتاريخ 20 ذي القعدة 1397 هـ 2 نونبر 1977 منشور

وحكم المحكمة الاقليمية ومحكمة الاستئناف المشار اليها بمجلة محاكم لمغربية عدد 18 صفحة

وقد قلت انني امل الى رأي المحكمين المشار اليه ، والذي سني ان المراد بالتقييد التسجيل بالسجل العقاري .

وإذا كان التبليغ قبل التسجيل في الرسم العقاري لا ينتج اثره تجاه الغير الراغب في الشفعة . فان قيام المشتري بتبليغ الشريك بشرائه عاقبة او بواسطة رسول او غيره لا ينتج اي اثر ايضا ، لانه لا بد ان يكون التبليغ بواسطة محرم ثابت التاريخ .

ولا يكفي ايضا ان يقع التبليغ من البائع ، لان التصريح بان التبليغ يقع المشتري ، ولان الفقه المالكي يسير على انه لا علاقة في الشفعة بين البائع والشفيع . وانما تحصر النكس المشتري والشفيع . وهذا ما سار عليه المشرع المغربي . بخلاف قوانين مصر وليبيا ولبنان والعراق التي تأخذ بالذهب الحنفي الذي يسمح للشريك ان يطلب الشفعة من البائع اذا كانت الحصة ما تزال تحت يده ، ولذلك باحت هذه القوانين ان يوجهه البائع او المشتري هذا الانذار الى الشريك الشفيع . وفي المادة 940 من القانون المدني المصري على ان على من يتوعد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيبذل كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمي الذي يوجهه اليه البائع والمشتري والا سقط حقه ويزاد على تلك المدة معاد المسافة اذا اقتضى الامر ذلك . وتبين من هذا انصراف المدة التي يجنب على الشريك ان يعلن عن رغبته في الشفعة خلالها تحت طائلة الانذار الرسمي عن البائع او المشتري بالشراء هـ هي خمسة عشر يوما والا سقط حقه . وهذا هو نص الحكم الذي اخذ به المصنف الليبي في المادة 944 والعراقي في المادة 1338 . بينما حدد القانون اللبناني هذه المدة بفترة ايام فقط حسبما ورد في المادة 2/247 من قانون الملكية العقارية .

ولكن تجب الاشارة الى ان المشرع المغربي اوجب على الشريك الذي يلفه المشتري بالشراء ان يمارس الشفعة داخل ثلاثة ايام . بحيث يعلن رغبته في الشفعة ويؤدي الثمن واصاريف للمشتري وبعضها بصندوق المحكمة داخل هذا الاجل والا سقط حقه . في حين ان قوانين اعداد المغربية المذكورة تعطي للشريك الراغب في الشفعة اجلا آخر زيادة على الخمسة عشر يوما المذكورة لايتاح الثمن بخزانة المحكمة ورفق الدعوى بالشفعة . (1)

(1) هذا الاجل في القانون المصري والليبي ثلثون يوما من يوم اعلان الشريك عن رغبته في الشفعة مع ملاحظة انه لا يجوز رفع الدعوى قبل القيام بايداع الثمن . المادة 2/942 مصري و2/946 ليبي اما المادة 1140 عراقي فتوجب ايداع نصف الثمن فقط عند رفع الدعوى بالشفعة . في حين ان القانون اللبناني يوجب ايداع الثمن الحقيقي حين طلب الشفعة اذا كان هذا الثمن ممجلا فان كان مؤجلا لم يجب ايداع الثمن ولكن للمحكمة حينئذ ان تؤجل الشريك فسي الثمن او توجب عليه تعجيله . الوسيط 650/9 هـ .

النقطة الثانية : اجل الشريكين .

ينص الفصل 32 على ما يلي : (وفي حالة ما اذا لم يقم المشتري بهذا التبليغ فان حق الشفعة يتقادم بضي شهرين ابتداء من تاريخ المقعد ان حرر بمحضر الشركاء .) . وهذا يعني ان الشريك الذي لم يتوصل بالتبليغ المشار اليه في الفصل السابق . وكان حاضرا عند تحرير عقد الشراء الذي انتقلت بموجبه حصة شريكه الى المشتري المشفوع ضمه ، فان حقه في الشفعة يتقادم اذا لم يطرسه داخل شهرين من تاريخ تحرير العقد . ويلاحظ ان المشرع نص في هذا الفصل على ان اجل الشهرين يبتدىء من تاريخ المقعد ، وليس من تاريخ تسجيل هذا المقعد في الرسم العقاري . وينبغي على هذا انه بضي الشهرين يتقادم حق الشريك في الشفعة حتى ولو كان عقد البيع ما زال لم يسجل في الرسم العقاري . ولا شك في ان هذا الحكم يتعارض مع ما نص عليه الفصل 67 من انه لا يحتاج بساى تصرف وقع على عقار محفظ سواء بالنسبة للاطراف او بالنسبة للغير الا من تاريخ تسجيله في الرسم العقاري .

كما انه يتعارض مع صريح الفصل 33 الذي ينص على انه لا يمكن للشركاء ان يتنازلوا عن حقهم في الشفعة قبل تسجيل الشراء في الرسم العقاري والا كان تنازلهم باطلا . ومعلوم ان الشريك الذي حضر تحرير عقد البيع ، ولم يطالب بالشفعة حتى مضي شهران على ذلك يعتبر متنازلا عن حقه . ويتأبى الفصل 33 المذكور يعتبر هذا التنازل باطلا ما دام قد وقع قبل تسجيل عقد الشراء .

ولكن المحاكم المغربية سارت على ان مضي الشهرين من تاريخ المقعد . يجعل حق الشفعة يتقادم بالنسبة لكل من حضر عقد البيع حتى ولو كان هذا البيع لم يسجل في الرسم العقاري . وهذا يعني ان اجل الشهرين المذكورين يبدأ من تاريخ المقعد لا من تاريخ التسجيل . ومن هذه الاحكام الحكمان الصادران عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 12 يونيو 1945 و 10 يونيو 1950 ومنها ايضا القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 مارس 1957 (1) .

وقد سار المجلس الاعلى على نفس الاتجاه في حكمه الصادر بتاريخ 5 يناير 1977 في القضية المدونة عدد 40815 والذي اثار فيه طالب النقض بالخصوص ما يلي : ان القرار المطعون فيه قرر انه عند ما يحضر شخص تحرير المقعد الذي فوت بواسطته شريكه حقوقه المشاعة للغير في عقار محفظ ، فان اجل طلب الشفعة هو شهران ابتداء من تاريخ المقعد ، حتى ولو كان هذا الاخير لم يسجل على الرسم العقاري قبل مضي اجل الشهرين كما هو الشأن بالنسبة للنازلة ، في حين انه من المبادئ الرئيسية التي اسس عليها

(1) د وكرو صفحة 302 نقلا عن مجموعة احكام محكمة الاستئناف بالرباط لسنة 1945 ولسنة 1950 وللسنة 1957 .

نظام التحفيظ العقاري المؤسس بظهير 12 غشت 1913 ان اي حق عيني لا يوجد بالنسبة للخير ما لم يسجل على الرسم العقاري ، وابتداءً من يوم تسجيله ، وهذا ما يستفاد بالخصوص من الفصول 65 - 66 - 67 من الظهير المشار اليه . يجب ان يستنتج من ذلك ان اجل الشهرين المشار اليه في الفصل 32 لا يمكن ان يتدنى في السريان الا اذا سجل في تلك الاثناء في الرسم العقاري تفويت الحقوق المشاعة التي يمكن شفعتها . ومن جهة اخرى فان ترك اجل الشفعة ينقض بدون المطالبة بالحق ، يعني التنازل عن هذا الحق ، في حين ان الفصل 33 من ظهير 2 يونه 1915 المشار اليه ينص على انه لا يمكن للشركاء في الملك ان يتنازلوا عن حقهم في الشفعة قبل تسجيل الشراء بالدفتري العقاري والا كان تنازلهم باطلا .

وقد رد المجلس الاعلى على هذه الوسيلة بما يلي :

حيث ان الفصل 32 المشار اليه بالوسيلة ينص صراحة ومبارات لا غموض فيها على ان حق الشفع الذي يحضر عقد البيع يسقط بضي شهرين ابتداءً من تاريخ العقد دون اضافة اي شرط اخر ولا يمكن تاويله وتحميل مقتضياته غير ما اراد لها المشرع ، الذي قد حيد في بعض الجزئيات عن هذا اقره لاعبارات يراها احق بالرجاية والاعتبار .

وبالرغم من هذه الاحكام التي اعتمدت على نص الفصل 32 المشار اليه ، فاننا نرى ان هذا الفصل ما دام نصه يتعارض مع المبدأ الذي قام عليه قانون التحفيظ العقاري وما صرح به هذا القانون في كثير من الفصول ، من انه لا يحتج باي تصرف قانوني وقع على عقار محفظ الا اذا سجل في الرسم العقاري وابتداءً من تاريخ التسجيل . فانه يجب تاويل هذا النص ليتماشى مع المبدأ العام الذي قام عليه قانون التحفيظ العقاري والذي لا نجد له اي استثناء في هذا القانون .

وناءً على هذا فاننا نرى ان المشرع لم يقصد بالنص على ان اجل الشهرين يبدأ من يوم العقد ، ان هذا الاجل يسري حتى بالنسبة للمقد الذي لم يقع تسجيله . لان ذلك يتناقض مع القاعدة العامة التي قررها في الفصلين 66 و 67 من ظهير 12 غشت 1913 والتي طبقها دائماً ولم يستثن منها اية حالة . ولانه يتناقض ايضا مع القاعدة التي قررها في الفصل 33 من ان التنازل عن الشفعة قبل التسجيل لا ينتج اي اثر ، زيادة على ان مطرسة الشريك

(1) ينص الفصل 66 في الفقرة الاولى على ما يلي : كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للخير الا بتسجيله وابتداءً من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الاملاك المقاربية .

وينص الفصل 67 على ما يلي : ان الافعال الارادية والاتفاقات التعاقدية الرامية الى تاسيس حق عيني او نقله الى الغير او الاعتراف به او تغييره او اسقاطه لا تنتج اي اثر ولو بين الاطراف الا من تاريخ التسجيل دون الاضرار بحقوق الاطراف بعضهم على بعض ، وكذا بامكانية اقامة دعاوي فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم .

للشفعة قبل تسجيل الشراء في الرسم العقاري تكاد تكون ممكنة ، لأنه يفسر على
الشريك الراغب في الشفعة إثبات شراء الممنوع منه لتلك السنة التي يطلب شفعتها ،
كما يفسر عليه إثبات الثمن والصاري . كما أنه لا يمكنه طلب القيد الاحتياطي
لحقه في الشفعة ضد المشتري ، ما دام هذا المشتري لم يمسك بمسالكها لأنه
لم يسجل شراءه في الرسم العقاري .

ونرى تبعا لذلك أن المشرع قد بهذا النص الذي يجعل فيها
المشتري عقد شرائه فصور تحريره . ويكون الشريك قد حصله تحرير ذلك العقد
فحينئذ يمكننا أن نقول أن الحق في الشفعة يتقدم بضيح من تاريخ العقد
الذي يكون حينئذ هو تاريخ التسجيل أو قريبا منه . ~~في~~ على هذا أن المشتري
إذا لم يسجل شراءه إلا بعد ضيحه غير أن حق الشفعة يتقدم مطلقا بالنسبة
للشريك الذي حضر العقد ، إلا بضيح سنة من تاريخ التسجيل .
ولا نوافق على ما ورد في الحكم المشار إليه من أن المشرع قد جحد في بعض الجزئيات
عن مبدأ أقصره لاعتبارات يراها أحق بالنجاة والاعتبار . كتحليل نصه بصريح الفصل 32 المذكور
لأن المشرع عودنا دائما أنه عندما جحد عن هذا أقره ينحصر ذلك كان قول مثلا : خلافا
لمقتضيات الفصل كما أن المحكم في الحالة الفلانية هو كذا . أو يقول عند ما يقرر
مبدأ : مع استثناء الحالة أو الحالات المنصوص عليها في الفصل كذا .

ولهذا لو كان المشرع قد أراد أن يحد من القاعدة التي نررها في الفصل 67 من
نظمير 12 غشت 1913 والتي تصك بها دائما لنصر على ذلك ، أما في الفصل نفسه ،
كان يضيف مثلا عند نهاية انقصة الأولى منه ما يلي : وذلك فيما عدا الحالة
التي يرد فيها نص خاص بغير ما ذكر . أو يشير في النص 32 المذكور إلى أن أجل
الشهرين يبدأ من تاريخ العقد استثناء مما قرر في الفصل 67 أو نحوه لسلك .
وما أنه لم يشر إلى شيء من ذلك فلا يمكننا القول بأنه قصد بالفصل
32 أن يحيل عن المبدأ العام الذي أخذ وسار عليه دائما .

ونشير إلى أن مدة الشهران تعتبر في نظر المشرع مدة تقادم لا إسقاط . لأنه غير في
الفصل 32 بلفظ يتقدم لا يسقط كما هو الحال في الفصل 31 الذي تحدث فيه عن
أجل الثلاثة أيام . وينبغي على ذلك أن هذه المدة تخضع لأحكام التقادم من حيث
الوقف والانقضاء (1) .

كما نشير إلى أن حضور الشريك تحرير العقد مسألة واقع ويمكن إثباتها بجميع
طرق الإثبات التي تثبت بها الوقائع المادية . ولذلك يجوز للممنوع منه الذي يدعي أن الشفيع

(1) الدكتور مامون الكزبري في كتابه : التحفظ العقاري والحقوق المعينة الاصلية
والتميمه . مطبعة النجاح الجديدة . صفحة 458 .

حضر تحرير العقد ولم يطلب الشفعة داخل شهرين من ذلك ، فإن ثبت حضوره بجميع وسائل الإثبات . فيمكنه أن يدلي بوثيقة الشراء التي وقع الاشتاد فيها على يدك بأنه كان حاضرا أثناء التحرير . كما يمكنه أن يثبت حضوره بشهادة الشهود . ويمكنه أن يوجه اليمين على الشريك المنكر لحضوره عند تحرير العقد . فإن حلفا اعتبر أنه لم يحضر بقي له الحق في الشفعة داخل سنة من تاريخ تسجيل ذلك العقد . وإن نكل المشتري على أن الشريك حضر عند تحرير العقد وطبق في حقه حيث أن أحد الشريكين .

النقطة الثالثة : أجل سنة .

فيما عدا الحالتين السابقتين فيكون للشريك الحق في الشفعة داخل سنة ابتداء من يوم تسجيل شراء المشتري للحصة موضوع الشفعة في الرسم العقاري . هذه السنة هي السنة التي في الشفعة إلا بمضي هذه السنة .

وقد علمنا أن الفقهاء يقررون أن للشريك الذي لم يحضر ^{لتحقيق} الشفعة خلال سنة من يوم علمه بانتقال الحصة المشاعة إلى الشفع له (1) . وهذا هو ما أخذ به المشرع المغربي حينما نص في الفصل 32 : (. . . وفي جميع الأحوال يتكلم بصي سنة واحدة ابتداء من تاريخ تقييد المبيع أن لم يحضر الشركاء) إلا أن المشرع احتجج الشراء فسي الرسم العقاري هو القرينة الوحيدة على علم الشركاء بذلك الشراء ، بحيث يكفي المشتري أن يثبت أنه سجل شراءه في الرسم العقاري وأنه تمت سنة على تاريخ التسجيل قبل أن يطلب الشريك الشفعة ليحكم بأن الحق في الشفعة قد تقادم . ولا يكلف المشتري بإثبات علم الشريك بالمبيع . لأن التسجيل في الرسم العقاري قرينة على العلم بالمبيع . وهذه القرينة لا تقبل إثبات العكس حسب رأي المشرع ، بحيث لا يحق لأحد الشركاء أن يدعي أنه لم يعلم بذلك الشراء ، أو أنه لم يطلع على الرسم العقاري بسبب مرضه ، أو بسبب جهله بالقراءة والكتابة ، أو غير ذلك .

كما أنه لا يحق للمشتري أن يدعي أنه أخبر شركاءه بشراؤه قبل تسجيله في الرسم العقاري ، وأنه يجب لذلك أن تبدأ السنة من اليوم الذي أخبرهم فيه بذلك الشراء .

النقطة الرابعة : أحكام تتعلق بالآجال الشفعة .

بعد أن استعرضنا مختلف الآجال التي حددها المشرع للشفعة نتكلم على بعض الأحكام التي تتعلق بهذه الآجال . فنشير إلى ما سبق أن ذكرنا من أن التقادم ^{تقادم} أجالا مضمر (2) . ولذلك يحسب فيها اليوم الأول واليوم الأخير ، لأن النصوص التي تتكلم على أجر الشفعة لا تنص على أنها آجال كاملة ، ولا يطبق عليها الفصل 512 من المسطرة المدنية التي ينص على أن الآجال

(1) انظر صفحة 150 :

(2) انظر صفحة 151 :

الذكورة في هذه المسطرة المدنية آجال كاملة ، لان اجل الشفعة لم ينص عليه في المسطرة المدنية . والفعل فقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط بان الاجل في الشفعة ليس اجلا كاملا (1) .

كما نشير الى انه يجب ان يتم كل من الاعلان في الرغبة في الشفعة والعرض والايداع لشخص داخل الاجل القانوني ، ولا يكفي ان يعرب الشريك عن رغبته في الشفعة داخل الاجل ثم لا يقوم بالعرض والايداع الا بعد مضي ذلك الاجل (2) .

كذلك يتعين ان نذكر ان كل شريك يخضع لاجل من هذه الآجال الثلاثة حسب ظرفه ، حيث لو فرضنا ان عقارا كان مملوكا على الشيع بين خمسة اشخاص ، ثم باع احدهم حصته ، حضر شريك من الباقين تحرير عقد البيع ، ثم قام المشتري بعد تسجيل شرائه في الرسم العقاري بإبلاغ شرائه للباقيين ، فتوصل واحد منهم ولم يتوصل الاخر ، وكان الثالث قاصرا لاولي . فان الاجل الذي يجب على كل شريك من هؤلاء الاربعة ان يشفع خلاله يحدد بحسب وضعيته فبالنسبة للذي حضر تحرير العقد يكون اجله شهرين " وهي مدة تقادم " ، وبالنسبة لمن توصل بالتبليغ الذي وجهه اليه المشتري ثلاثة ايام " وهي مدة سقوط " ، وبالنسبة لمن لم يتوصل بهذا التبليغ سنة من تاريخ التسجيل " وهي مدة تقادم " ، وبالنسبة للقاصر الذي لا يلي ليه سنة من تاريخ تعيين ولي له ، او من تاريخ بلوغه سن الرشد القانوني او الحكم بترشيده . " وهي مدة تقادم ايضا " .

لكن يجب التنبيه الى ان اجل الشفعة يبتدىء من التاريخ المحدد له بالنسبة لجميع الشركاء الذين هم في وضعية واحدة ، سواء منهم الشركاء الذين هم في الدرجة الاولى من مراتب الشفعاء ، او الذين هم في الدرجة الثانية او الثالثة ، بحيث لا يمكن للشريك الذي في المرتبة الثانية من مراتب الشفعاء ان يطلب الشفعة خارج الاجل محتجاً بأنه كان ينتظر مرور الاجل ليملم هل ياخذ الشريك الاولى منه بالشفعة اولا ، وانه عندما تبين له ان ذلك الشريك قد تقادم حقه في الشفعة تقدم بطلبها .

وانما يجب على كل شريك راغب في الشفعة ان يتقدم خلال الاجل الممنوح له قانونا لممارسة حقه . وعندما يتزاحم الشفعاء يحكم بالشفعة لمن كان اولى بها . وتلغى طلبات الباقيين .

(1) حكم بتاريخ 20 نونبر 1948 . كتاب ممارسة الشفعة امام

المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 143 نقلا عن مجلة

قرارات محكمة الاستئناف ج 15 صفحة 183 .

(2) انظر صفحة : 340

ما انه عندما يتزاحم عدد من الشركاء في مرتبة واحدة توزع عليهم بحسب
سبب ما يملكه كل واحد منهم في الحق العيني المشاع.

وإذا مارس أحد الشركاء حقه في الشفعة خلال الاجل المحدد له قانوناً ،
نعم له بها . فان ذلك لا يمنع شريكاً آخر من ان يستعمل حقه في الشفعة داخل
الاجل المضح له قانوناً (1) . فان كان اولى من الشريك الذي حكم له اولا بالشفعة . فان
الشريك الثاني هو الذي يستحق الشفعة . ويشطب على الحكم الاول - اذا كان قد
صدر في الرسم العقاري - وتنتقل ملكية الحصة الى الشريك الثاني . وان كان هذا
شريك الثاني في نفس مرتبة الشريك الاول ، فان الحصة توزع بينهما على قدر نصيب كل
منهما في العقار او الحق العيني المشاع .

ويطبق نفس الحكم فيما اذا تقدم بعد ذلك شريك آخر لممارسة حق الشفعة داخل
الاجل الذي يحق له ان يطلب الشفعة خلاله .

ولا تتعارض هذه القاعدة مع الحجة التي يمكن ان يكون قد اكتسبها الحكم الصادر بالشفعة
سواء الذي تقدم لممارستها اولا . لما هو معروف من ان حجة الامر المقضي به لا تثبت
بالنسبة للأشخاص الذين كانوا أطرافاً في هذا الحكم .

ويكون للشريك ان يتلافى ما يمكن ان يتعرض له من ان تنزع من يده الحصة التي
ملكها فيما اذا تقدم شريك اولى منه يطلب شفعتها ، او ان ينزع ما يده بعضها
فيما اذا تقدم شريك في مرتبة بدالب شفعتها . وذلك عن طريق ادخال جميع الشركاء سواء
الذين هم في مرتبة اعلى من مرتبته او الذين هم في نفس مرتبته في دعوى الشفعة ،
ليقرر الحكم بحضورهم ، وليبين موقفهم من الشفعة ، وذلك بتقرير نصيب الحصة المشفوعة
بصفة نهائية ، ويكتسب الحكم الصادر في هذه القضية حجة الشيء المقضي به تجاه
جميع الشركاء .

النقطة الخامسة : مقارنة بين اجل الشفعة في التشريع المغربي وقوانين البلاد العربية .

في نهاية الكلام على اجل الشفعة نشير الى ان قوانين البلاد العربية تختلف عن القانون
المغربي في هذا الموضوع ، سواء من حيث مدة الاجل ، او من حيث اعتبار بعض الاجال من مدة
تقدم .

فمن حيث مدة الاجل نذكر ان هذه القوانين تنص على ان هناك اجلا يجب على الشريك
ان يعلن رغبته في الشفعة خلاله . واجلا يجب عليه ان يضع خلاله الثمن ويرفع الدعوى التي
تسبب حكمة .

في هذا صدر حكم من محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 10 اكتوبر 1946 . من كتاب : ممارسة
شفعة امام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 85 نقلا عن قرارات محكمة الاستئناف جـ 14
جـ 30 .

أولاً - فالأجل الذي يجب على الشريك أن يعلن رغبته في الشفعة خلاله يحدد

كما يلي :

أ - بالنسبة للشريك الذي يتوصل بالإنذار الرسمي من البائع أو المشتري يخبره فيه بوثوق البيع . يحدد الأجل بخمسة عشر يوماً ابتداءً من اليوم الموالي لتوصله بذلك الإنذار مع إخطار مهني المسافة . حسب القانون المصري والليبي والعراقي . في حين أن القانون اللبناني يحدده بخمسة أيام فقط (1) .

ب - بالنسبة للشريك الذي لم يتوصل بالإنذار المذكور، أربعة أشهر من تاريخ تسجيل الشراء في الشهر العقاري حسب القانون المصري (2) وبحيث يجب على الشريك الراغب في الشفعة والذي لم يصله الإنذار المشار إليه أن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري خلال أربعة أشهر من اليوم الموالي لتاريخ تسجيل الشراء في الشهر العقاري .

ويحدد كل من القانونين الليبي واللبناني هذه المدة بسنة (3) " مثل القانون المغربي " في حين أن القانون العراقي يحددها بستة أشهر (4) .

ثانياً : وأما الأجل الذي يجب على الشفيع الذي أعلن عن رغبته في الشفعة أن يودع الثمن والمصاريف بصندوق المحكمة ، وأن يرفع دعوى الشفعة خلاله ، فهو ثلاثون يوماً من اليوم الموالي لإعلان الشريك عن رغبته في الشفعة . بحيث يجب على هذا الشريك أن يضع بصندوق المحكمة الثمن

(1) تنص المادة 940 من القانون المدني المصري على ما يلي : (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، ولا سقط حقه ، ويزاد على تلك المدة مهلة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك " وفيما هو نص المادة 944 من القانون المدني الليبي . أما القانون العراقي فتعني المادة 1138 منه على ما يلي : على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع والمشتري . ولا سقط حقه . وتنص المادة 2/247 من قانون الملكية المقارنة اللبناني على ما يلي : " وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التي تلي التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة . تحت طائلة السقوط .

(2) تنص المادة 948 من القانون المدني المصري على ما يلي : (يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : ... (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ...) .

(3) تنص المادة 952 ب من القانون الليبي على ما يلي : يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية : ... ب إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع ...) وتنص المادة 248 من قانون الملكية المقارنة اللبنانية على ما يلي : إذا لم يحصل التبليغ المهيمن في المادة السابقة يسقط حق الشفيع بعد من تاريخ تسجيل العقد في السجل العقاري .

(4) تنص المادة 1134 من القانون العراقي على ما يلي : (لا تسع دعوى الشفعة ... وإذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع) مع الإشارة إلى أن البيع في القانون العراقي لا يتم بتسجيله .

والمصاريف ، وان يرفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من قيامه باعلان رغبته في الشفعة ولا بد ان يبدأ هذين الاجراءين " ايداع الثمن ورفع الدعوى " بايداع الثمن . كما انه لا بد ان يقوم بالاجراءين مما داخل الثلاثين يوماً المذكورة . ويتفق في هذا الاجل كل من قوانين مصر ، وليبيا ، والعراق . (1) .

في حين ان القانون اللبناني يحدد المدة التي يجب على الشريك الراغب في الشفعة ان يودع الثمن والمصاريف عند رفع الدعوى خلالها بمشرة ايام في حالة توصله بالانذار مع اضافة مهلة المسافة . وسنة في حالة عدم توصله به . ولكنه لا يوجب على الشريك ان يعلن المشتري برغبته في الشفعة ، بل يسمح له ان يرفع الدعوى مباشرة في الاجل المذكور . (2) .

ويمكن للشريك حتى في ظل القانون المصري والليبي والعراقي ان يستغني عن اعلان رغبته في الشفعة لكل من البائع والمشتري فيما اذا قام بايداع الثمن ورفع الدعوى بالشفعة خلال الخمسة عشر يوماً التي تلي توصله بالانذار من احدهما . ولكن يجب ان تعلن عريضة الدعوى في هذه الحالة الى كل من البائع والمشتري خلال الخمسة عشر يوماً المذكورة ليكون ذلك بمثابة اعلان الشريك عن رغبته في الشفعة (3) .

1) تنص المادة 942 من القانون المدني المصري على ما يلي : (وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الاعلان يجب ان يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها المقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة) وتنص المادة 943 من نفس القانون على ما يلي :

(ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الكائنة في دائرتها المقار وتقيّد بالجدول ويكون ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المصوح عليه في المادة السابقة)
وتنص المادة 946 و 947 من القانون المدني الليبي مع هاتين المادتين . اما القانون العراقي فينص في مادته 1/1139 على ما يلي : (يجب على الشفع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اعلان رغبته) كما تنص المادة 1140 منه على ما يلي : على الشفع عند رفعه لدعوى الشفعة ان يودع صندوق المحكمة التي يوجد فيها المشفوع في دائرتها ملفاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع .
2) تنص المادة 2/247 من قانون الملكية العقارية اللبناني على ما يلي : (وعلى الشفع ان يبالغ بحق الشفعة اثناء الايام العشرة التي تلي التبليغ بعد اضافة مهلة المسافة) . وتنص المادة 2/248 على ما يلي : (اذا لم يحصل التبليغ المبين في المادة السابقة يستطحق حق الشفعة بعد مضي سنة من تاريخ تسجيل المقعد في السجل العقاري) . وتنص المادة 249 على ما يلي : (لا يمكن استعمال حق الشفعة الا بشرط ان يقوم صاحبه بتعويض المشتري تعويضاً تاماً) .

وقد كرا الاستاذ السنهاوي ان دعوى الشفعة تسقط بالتقادم المسقط بمرور خمسين
عشرة سنة اذا لم يتوصل الشفيع بالانذار المذكور لامن البائع ولا من المشتري
ولم يتم التصري بتسجيل عقد شرائه في الرسم العقاري ، ومعنى هذا ان الشفيع
اذا لم يك طاعما لاحد الاجلين المذكورين ، فانه يبقى على حقه في طلب سبب
الشفعة متى صدر عنه ما يفيد تنازله عنها صراحة او ضمنا . ويمكنه في اي وقت
شاء ان يرفع دعوى بالشفعة بعد ان يودع الثمن والمصاريف بصندوق المحكمة . ولا يسقط
حقه في الشفعة في هذه الحالة الا بمرور خمس عشرة سنة التي هي مدة تقادم الدعوى
بالنسبة للشفيع (1) .

ونجد في ظل قانون التحفيظ المغربي لا يمكننا القول بان حق الشفعة
يتقادم بمرور مدة التقادم فيما اذا لم يتم المشتري بتسجيل شرائه في الرسم العقاري .
ان هذا القانون ينص في الفصل السادس والستين من ظهير التحفيظ العقاري
على ما يلي : (كل حق عيني مملوق بمقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة
لظهير الايجل منه ابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الاملاك
المقاربة) .

وما ان الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لمقدم البيع الضمقد بين شريكه
والشفيع منه ، فان هذا البيع يعتبر غير موجود بالنسبة له الا اذا سجل في الرسم
العقاري ، ولذلك لا يمكن ان تسمى عليه مدة التقادم قبل وجوده .
كما ان الفصل الثالث والستين من نفس الظهير ينص على ما يلي : (ان التقادم
لا يكسب اي حق عيني على المقار المحفظ ، في مواجهة المالك المسجل اسمه ،
ولا ينزل اي حق من الحقوق الممنونة المسجلة برسم الملك) ويؤخذ من هذا النص
ان الشريك لا يمكن ان يتقادم حقه في الشفعة بمضي امد التقادم قبل تسجيل الشراء في
الرسم العقاري .

وما فيما يتعلق باعتبار بعض الاجال المذكورة مدة تقادم لاسقاط فاننا نشير الى
ان ا م خف بين القانون المغربي وقوانين البلاد العربية المذكورة يتجلى في هذه النقطة .
حيث ان القانون المغربي يعتبر اجل الشهرين واجل السنة من مدة التقادم لامن مدد
الاسقاط . وقد رايناه ينص صراحة على ذلك في الفصل 32 الذي يصرح فيه بكلمة : يتقادم .
في حين ان قوانين البلاد العربية المشار اليها تنص كلها على ان جميع الاجال التي
يحق للشفيع ان يمارس الشفعة ، لانها آجال سقوط لآجال تقادم . وذلك لانها تنص
في جميع النسخات على ان الشفيع اذا لم يقوم بالاجراء المطلوب منه في اجله المحدد
على الكيفية المعينة ، فان حقه في الشفعة يسقط .

مرجع ~~المرجع~~ في ذلك الى ان هذه القوانين تعتبر حق الشفعة حقاً ضعيفاً
 لذلك نعمل على ~~تقوية~~ واسقاطه اذا لم يسارع الشريك الى ممارسته في الاجل القانوني
 ليقرر ~~حيز~~ الشفعة ~~المشتري~~ ، ويمكنه بذلك ان يستغله فيما يريد وعلى الكيفية
 التي تحقق مصلحه . ويظهر ان الذي حدا بالمشرعين لهذه القوانين الى اعتبار
 آجال الشفعة ~~تقادم~~ ، ان مجال الشفعة عندهم اوسع بكثير من مجالها
 في القانون الفرنسي . لاننا عرفنا ان الشفعة في هذه القوانين تثبت - زيادة على
 الشريك على الشياخ في العقار - للجار الملاصق . ولمن له حق ارتفاق على العقار
 المبيع ~~مطالبة~~ اذا بيع حق الانتفاع الملبس لها ، او العكس ، ومن الواضح
 ان الملحة التي ~~تتولد~~ من الشفعة مصلحة يسيرة لا تستحق ان تحظى
 بحماية كبيرة ، ~~لذلك~~ ان تعبر آجال ممارسة الشفعة آجال سقوط التقادم ،
 حتى لا تبقى تلك المقاربات محالة عن الاستغلال مدة طويلة في انتظار معرفة موقف
 النفع من الشفعة .

بخلاف القانون الفرنسي ، فان حق الشفعة فيه مقصور على الشريك على
 الشياخ في العقار وبعض الحقوق العينية المتعلقة بالعقار . كما ان الملحة التي
 يجنيها الشريك من الشفعة ملحة مهمة تتمثل - من جهة - في رفع الضرر عن الشريك
 من دخل التركة الجديد الذي قد لا يتلاءم معه . كما تتمثل - من جهة اخرى -
 في المل على انهاء الملكية الشائنة في العقار ، تدفياً لاضرارها ، وتجنباً لمشاكلها .
 ولذلك راي المشرع ان يكون اجل الشهرين واجل السنة الذي يحق للشريك خلاله
 ان يمارس حقه في الشفعة اجل تقادم لا اسقاط ، حتى تبقى الفرصة امامه سانحة
 لممارسة هذا الحق والاستفادة منه . ما لم يتقادم .

ولا يعترض على هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي بان فيه ضرراً على المشتري
 حيث يبقى مهتماً دائماً بان تنزع الحصة من يده عن طريق الشفعة مادام لم يتقادم
 هذا الحق . لان المشتري كان يعرف عند اقدامه على شراء حصة مشاعة ان للشريك في
 شتمتها مال يتقدم حقه ، كما انه كان بإمكانه ان يعمل على التجويل بتقرير ضيق
 تلك الحصة ، وذلك بتخليغ الشريك بشرائه بعد تسجيله في الرسم العقاري ، وذلك
 لا يكون امام التملك الذي تحصل بالتبليغ المذكور الا ثلاثة ايام لممارسة حقه
 في الشفعة ~~ولا~~ حقه . فاذا لم يقوم بهذا التبليغ ، فانه يكون قد ساعد
 الشريك على الاحتفاظ بحقه في الشفعة الى ان تقادم .

النقطة الخامسة : اجل الشفعة بالنسبة لعقار في طور التحفيظ .

ذكرنا فيما سبق ان العقار الذي يكون في طور التحفيظ ، اي في الفترة التي تلي تاريخ تقديم مطلب
 للتحفيظ ، وتاريخ تحيظ العقار بصفة نهائية ، يخضع - من حيث القواعد التي تطبق عليه - ومنها ما يتعلق
 باحكام شفخته - لاحكام المذهب المالكي ، وهذا يعني ان الاحكام التي تطبق على الشفعة في عقار
 في طور التحفيظ هي الاحكام التي بسطناها في القسم الاول .

مثلا : لو ان احد الشركاء في عقار في طور التحفيظ دفع حصته صداقا لزوجته ، فان لباقي الشركاء الحق في شفعة تلك الحصة ونظرا لما عرفنا من ان المالكة يشنون الشفعة في كل المواقف (1) .

كما ان الاجل الذي يجب على الشريك الراغب في الشفعة ان يتقدم بطلب شفعة حصة في عقار في طور التحفيظ هو الاجل الذي نكلمنا عليه في القسم الاول (2) لكن نظرا الى ان عملية التحفيظ تخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون التحفيظ . اي ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) . والقرار الوزيري الصادر في 20 رجب 1353 (3 يونيو 1915) . فان على الراغب في شفعة عقار في طور التحفيظ ان يتقدم بالقواعد والآجال المنصوص عليها في كل من الظهير والقرار الوزيري المذكورين ، زيادة على تقيده بنوع القانون . ومصدر معرفة الاجراءات التي يجب ان تتبع في شفعة حصة من عقار في طور التحفيظ والآجال التي تنبئ المطالبة بالشفعة خذلهما ، يجب ان نذكر اولاهم القواعد الاساسية التي يخضع لها العقار في طور التحفيظ ، والتي يجب على المبيع ان يواظبها عند تذكروها - ثانيا - الآجال التي يجب ان يتقدم الشريك خذلهما بطلب الشفعة .

٧ / أولا : ففيما يتعلق باهم القواعد التي يخضع لها العقار في طور التحفيظ ملاحظ

هذه القواعد فيما يلي :

(1) يجب على كل من لا حق عيني على عقار في طور التحفيظ لم يملكه طلب التحفيظ ، ان يتقدم بتمرضه على طالب التحفيظ ، والا ضاع حقه هذا فيما اذا تم تحفيظ ذلك العقار من غير ان يشار اليه كمالك لذلك الحق . لان التحفيظ يظهر العقار من كل حق للغيره بحيث لا تسمع بعد التحفيظ اية دعوى بالمطالبة بحق كان قبل التحفيظ ، وذلك عند ما ينصر عليه الفصل 62 و 64 من ظهير 9 رمضان 1331 (3) .

(2) ان القسانون حددوا اجل التعرض بشهرين ابتداء من يوم نشر الاعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية " الفصل 24 " ولا يقبل اي تعرض بعد ذلك الا في حالة استثنائية " الفصل 27 " وهي عندما يكون الملف ما يزال عند المحافظة ويتبين له ان ظروفه فاهرة حالت دون تقديم تعرض خذلهما الاجل العادي ، او عندما يوجه الملف الى المحكمة ، ويتبين لوكيل الملك ان هناك اسبابا وجيهة تقتضي قبول تعرض خذلهما

(1) انظر صفحة : 107 .

(2) انظر صفحة : 352 .

(3) ينص الفصل 62 على ما يلي : ان رسم الملك له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة الانعزال الوحيدة للحقوق المبنية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق الغير المسجلة .

وتنص الفقرة الاولى من الفصل 64 على ما يلي : لا يمكن اقامة اية دعوى في العقار بسبب حقوق الاضرار من جراء تحفيظه .

الفصل 29 (1) " .

وبالاحاطة انه من الناحية العملية ، يستمر المحافظ على قبول التمرضات ، مادام لم يوجهه الطرف الى المحكمة ، كما ان وكيل الملك يقبل كل تعرض تقدم به صاحبه بمسند توجيهه الطرف الى المحكمة .

(3) اذا وقع بين الاحياء اثناء مسطرة التحفيظ انتقال جزئ من الحق المطلوب تحفيظه فيمكن اتباع احدي الطارق الآتية :

(أ) الفاء جميع ما تم من اعمال التحفيظ ، واعادتها من جديد مع ادراج المالك الجديد لذلك الجزء .

(ب) متابعة المسطرة مع ادراج المالك الجديد محل المالك القديم .
(ج) ان يتفق الاطراف جميعا على متابعة التحفيظ كما قدم اولا ، مع احتفاظ المالك الجديد بحقه في الاستفادة من مقتنيات الفصل 84 . وذلك بان يتقدم هذا المالك الجديد الى المحافظ بالوثائق التي تدل على انتقال الجزء اليه ، ويقوم المحافظ بتسجيل هذا الحق في سجل التمرضات ، ثم يسجل - عند تحفيظ المقار - ذلك الجزء على اسم المالك الجديد . (2)

(د) ان يتقدم صاحب هذا الحق بالوثائق اللازمة الى المحافظ ، ويطلب منه نشر حقه في اقرب عدد من الجريدة الرسمية ، وفي هذه الحالة ، اذا كان الاعلان عن انتفاء التحديد

(1) ينص الفصل 24 من ظهير 9 رمضان 1331 على ما يلي : يمكن لكل شخص ان يتدخل عن طريق التعرض في اعمال التحفيظ خلال اجل شهرين يبتدىء من يوم نشر الاعلان عن انتفاء التحديد الموقت في الجريدة الرسمية ، ان لم يكن قام بذلك الاجراء من قبل .
وينص الفصل 27 من نفس الظهير على ما يلي : لا يقبل اي تعرض باثناء ما هو منوط عليه في الفصل 29 بعد انصرام اجل قدره شهران يبتدىء من تاريخ نشر الاعلان المذكور في الفصل 23 من هذا الظهير بالجريدة الرسمية .

وينص الفصل 29 من نفس الظهير على ما يلي : بعد انصرام الاجل المحدد في الفصل 27 اعلاه يمكن ان يقبل التعرض بصفه استثنائية من طرف المحافظ مادام لم يوجه الطرف الى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية . وكذا بعد توجيهه الى اتخاذ وكيل الدولة قرارا بذلك .
(2) ينص الفصل 83 من ظهير 9 رمضان 1331 في فقرته الثانية والثالثة على ما يلي : فاع لم يسل الانتقال الاجزاء منه امكن متابعة المسطرة واعادتها من اولها مع ادراج المالك الجديد ، وبالتالي يكمل عند الاقتضاء التحديد والاعينات .

ويعمل بكل ذلك ما لم يتفق الاطراف على اتباع طلب التحفيظ كما قدم اولا مع احتفاظ المالك الجديد بحقه في الاستفادة من مقتنيات الفصل 84 من هذا الظهير .
وينص الفصل 84 منه على ما يلي : اذا نشأ الحق خاضع لاشهر على العقار المطلوب تحفيظه اثناء مسطرة التحفيظ فان لصاحبه ان يودع بالمحافظة الوثائق اللازمة لتسجيله ، ويقوم المحافظ بتسجيل هذا الحق في سجل التمرضات . وذلك يسمى صاحب هذا الحق حقه هذا ويسجل في الرسم العقاري عند التحفيظ بالرتبة التي عينت له عند تقييده . . .

قد تم نشره ذلك ، فيجب ان يعاد نشره مرة اخرى ليتانى لمن يريد ان يتعرض
على هذا الحق الجديد ان يتقدم بتعرضه هذا في اجل شهرين من هذا الاعلان عن الحق
الجديد . (1)

وفي الحار - القواعد يجب على الشريك ان يمارس حقه في الشفعة التي وجبت له
على عقار في طور التخييط .

ومتعرض - كما يلي - ثلاث حالات للشفعة التي تتعلق بعقار في طور التخييط
اخرى كيف يجب ان يكون بين اجل الشفعة من جهة ، وبين الاجراءات والآجال التي تفوضها
مخبرة التخييط من جهة اخرى .

الحالة الاولى : اذا مارس الشريك حقه في الشفعة قبل تقديم مطلب التخييط ،
فكن بها ، ان يرضى المشفوع منه ، او يحكم نهائي . وبالرغم من ذلك اشتمل مطلب
التخييط على اسم الشفيع بصفته مالكا للحق المشفوع . فان على الشريك الذي مارس
الشفعة ان يتقدم كخصم ضد هذا المطلب بصفته مالكا للحق الذي شفعه ، ويدلي بالصك
الذي يثبت حقه هذا ، وانما ما يدل على المشفوع منه مكنه من الشفعة ، وانما نسخة
الحكم النهائي الذي قضى له بالشفعة ، ويجب عليه ان يتقدم بتعرضه هذا داخل اجل
التمريضات . فان مر الاجل ولم يتقدم بهذا التعرض ، وتم تخييط الحصة في اسم المشفوع
به ، فان حق الشفيع يقط ، لان التخييط يطهر العقار .

الحالة الثانية : اذا نشأ حق الشريك في الشفعة قبل تقديم مطلب التخييط .
ما اذا كان عقار هاتما بين شخصين ، ثم باع احدهما حصته . ثم قدم الشريك الجديد
البا لتخييط العقار باسمه واسم شريكه القديم ، فيجب على هذا الشريك القديم اذا رغب
في الشفعة ، ان يتقدم كتعرض على مطلب التخييط ، ويبيّن تعرضه هذا على انه يطلب شفعة لمبايعه شريكه
القديم .

المادة الفصل 8 من القرار الوزيري المؤرخ في 20 رجب 1333 على ما يلي : بصرف النظر عن المسطرة المقررة
للفصل 84 من شهر 9 رمضان 1331 موافق 12 غشت 1913 اعاده يجوز لما حسب الحق المنشأ او
معدل انشاء مسطرة التخييط ان يطلب نشر هذا الحق في اقرب عدد من الجريدة الرسمية مدليا لدى المحافظة
مطابقة بالتوازي الشحنة للحق المذكور .

وتجرى مسطرة التخييط مجراها القانوني ولكن مع مراعاة ما جسد من انشاء او تعديل للحق .
واذا كان اتعمن عن انتهاء التخييط قد تقدم تنشره بالجريدة الرسمية فانه يجب نشره
جديد ليتانى انما التعرض في اجل شهرين اثبتن على الاقل امتدادا من الاعلان
من الحق المنشأ او المعدل غير انه لا تقبل في هذه الحالة الا التعرضات التيسري
خلق مباشرة بالحق المنشأ او المعدل ويقرر التخييط مع مراعاة الحق المنشأ
والمعدل انشاء جريسان المسطرة .

أما إذا كان خريك الجديد قد تقدم بطلب تحفيظ العقار كله في اسمه ، وغفل ذكر
الشريك القديم ، فيمكن على هذا الأخير - إذا أراد أن يحفظ حقه في حصته ، وفي
شفعة ما باعه شريكه قديماً - أن يتقدم بتمرضه على مطلب التحفيظ ، ويذكر في تعرضه
أنه مالك لصفة من تلك المقار ، وأنه يطلب شفعة حصة شريكه .
وجب على هذا التعرض ، أن يراعى - في الحالتين معاً - كلا من أجل الشفعة ،
وأجل التمرض بحيث لا لم يتقدم بهذا التعرض حتى مضت السنة على تاريخ علمه
بتلك البيع ، فإن حضر الشفعة يسقط ، وكذلك إذا لم يتقدم بتمرضه داخل أجل التعرض
فإن حقه يسقط أيضاً . لو كان أجل الشفعة لم ينته بعد ، اللهم إلا إذا فتح أجل
جديد للتمرض قبل انتهاء أجل الشفعة .

الحالة الثالثة : إذا نشأ حق الشريك في الشفعة بعد تقديم مطلب التحفيظ .
كما لو أن عدة أشخاص يكون عقاراً مشاعاً بينهم تقدموا بمطلب تحفيظ هذا العقار في
اسمهم . وأثناء جريان حصة التحفيظ باع أحدهم حصته في ذلك العقار . فإن الشريكين
يطلبان الشفعة إذا قام المشتري بأشهار شرائه بأحدى الويلتين التاليتين :

الأولى : أن يدعى شراءه وفقاً لمقتضيات الفصل 84 ، ويسير البضائع على أن هذا
الإيداع يعتبر بمثابة إخطار ، لذلك يتعين على الشريك الراغب في الشفعة أن يتقدم بطلب
الشفعة عن طريق التعرض داخل السنة من تاريخ هذا الإيداع الذي يعتبر بداية لعلم
شريكه ببيع شريكه . كما أنه لابد أن يتقدم بهذا الطلب قبل انتهاء عملية التحفيظ .
وهني على هذا أنه إذا انتهت السنة قبل ممارسة الشريك للشفعة ، فإن حقه
يسقط . وإذا تم تحفيظ العقار قبل ممارسة الشريك لشفعته فإن شفعته تسقط أيضاً ولو كان
طلباً لم ينته بعد ، لأن التحفيظ يطهر العقار من كل حق . (1)

الثانية : أن يدعى شراءه طبقاً للفصل الثامن من القرار الوزيري . وحينئذ
يخبر النضر في الجريدة الرسمية بمطالبة إعلام الشريك بهذا الشراء ، ولذلك فإن أجل
شفعة الذي هو سنة . وإن كان يتبدى من تاريخ هذا النشر ، إلا أنه يجب على الشريك
الراغب في الشفعة أن يطرح شفعته عن طريق التعرض داخل أجله المنصوص عليه في هذا الفصل
ذكره .

نرى أنه لا يمكن للمشتري أن يلزم الشريك بعد هذا الأشهار بممارسة الشفعة داخل
سنة أيام عن طريق تبليغي بالإنذار المنصوص عليه في الفصل 31 ، لأن هذا الإنذار لا يمكن توجيهه
بعد تسجيل الشراء في الرسم العقاري . ولا شك في أن مجرد نشر الشراء في الجريدة الرسمية
يخبر بمطالبة تسجيله في الرسم العقاري ، لأن عملية التحفيظ لا زالت لم تتم .

وإذا لم يقم المشتري للشفعة بإيداع رسم شرائه لدى المحافظة العقارية بأحدى
ويلتين المذكورتين ، يمكن للشريك الراغب في الشفعة أن يتقدم في شكل تعرض بطلب
شفعة ، وذلك بأن يدلي باسم المحافظ ، بما يثبت انتقال حصة من المقار المطلوب شفعته
منه ، وذلك ثلاثة أحكام .

ال مالك جديد ، ويتصرف في تعرضه على انه يطلب شفعة تلك الحصة .
فان لم يفعل شيئا من ذلك ، وسجلت تلك الحصة في اسم بائعها ، فان الشفعة
سقط ، لان البيع نفسه لا يكون له اي اثر ، لما ذكرنا من ان التحفيظ يظهر المقارن
لحق للغير .

ولاباس من الاشارة الى ما قلناه سابقا من ان الاحكام التي تطبق على شفعة عقار في طور
التحفيظ ، هي المنصوص عليها في الفقه المالكي . دون المنصوص عليها في الظهير المحدث للتصريح
لمابق على المقارات المحفوظة .

ونناء على هذا ، فانه اذا كان يجب على الشريك الراغب في شفعة عقار في طور التحفيظ
ان يتقيد بالاجال المشار اليها سابقا . فانه لا يجب عليه مثلا ان يؤدي الثمن داخل مدة
يام من تاريخ التعرض الذي تقدم به للاعراب عن رغبته في الشفعة . وانما تبقى مسألة اداء الثمن
خاصة للقواعد المنصوص عليها في الفقه المالكي . وقد قلنا ان المحكمة هي التي تكلف
الشفيع باداء الثمن بمد ان يتبين لها انه محق في طلب الشفعة ، وتضرب له اجلا لذلك .
لهذا فان المحكمة التي تنظر في قضية التحفيظ . وتفصل في التعرضات المقدمة ضد طلب
التحفيظ ، ومن ضمنها التعرض الرامي الى الشفعة ، عندما يتبين لها ان طالب الشفعة محق
في طلبه ، يمكنها ان تصدر حكما تمهيديا تكلف فيه الشفيع بان يضع بمندوق المحكمة الثمن
والقيمة ، والصوائر بعد تحديد ذلك كله من طرفها . وتضرب له اجلا ثلاثة ايام للقيام بذلك .
كما يمكنها ان توجه في هذا الحكم التمهيدي ، اليمن على الشفيع او على المشفوع منه - على
سبب الحالات - اذا كان الحكم بالشفعة يتوقف على ذلك ، وعلى ضوء هذا الحكم التمهيدي
نفع الحكم في موضوع الشفعة .

=====
محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 مارس 1935 .
وثانيها بتاريخ 22 دجنبر 1945 . وثالثها بتاريخ 28 نوفمبر 1946 .
وكلها منشورة بقرارات محكمة الاستئناف في الاجزاء الآتية على التوالي
صفحة 9 وجزء 13 صفحة 360 وجزء 14 صفحة 22
وقد اخذتها من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم
الفرنسية بالمغرب صفحة 160 .

المبحث الثالث

التقادم في الشفعة

تبين لنا من استعراضنا للأجال التي يمكن للشريك خلالها ان يمارس الشفعة . ان المشرع قرر ان اجل الثلاثة ايام التي يجب على الشريك ان يمارس خلالها الشفعة بما اذا قام المشتري بتبليغ الشراء له بمد تسجيله في الرسم العقاري ، اجل سقوطه .
لانه عبر في الفصل 31 المخصص لهذا الاجل بكلمة (يسقط) وهذا يعني ان هذا الاجل لا يمكن وقفه ولا قطعه ، وانه يترتب على انتهائه سقوط حق الشريك في الشفعة ، ولو كان هذا الشريك الذي توصل بالانذار المذكور قاصرا او ناقصا اهليته ومريضا ، او غاب بمد توصله ، او غير ذلك .

اما بالنسبة للاجلين الآخرين وهما اجل الشهرين فيما اذا حضر الشريك عند تحرير المقدم ، واجل السنة بالنسبة لمن لم يحضر ذلك . فقد اختار المشرع ان يعتبرهما مدة تقادم لا مدة اسقاط . وذلك لانه عبر في الفصل 32 بكلمة (يتقادم) اذا يعني انه يجري على هذين الاجلين ما يجري على مدة التقادم من الاحكام . وخصوصا تعلق منها بوقف التقادم او قطعه .

اولا : ففيما يتعلق بوقف التقادم في الشفعة يمكن القول بان اجل الشفعة رتبته اراء :
النسبة للشهرين او السنة - لا يسري في الحالات الآتية :
وهذا جزء من عقا
ذا كان احد الزوجين مشتريا والثاني شريكا .
كان بين المشتري والشريك علاقة ابوة والبنوة . كما اذا كان الاب والام مشتريا
تقدم الشريك - البنت شريكا في العقار . او العكس .

معروف في لديه
حصر على هاتين الفصل 378 من ظهير الالتزامات والمقود .
بمعه دعوى
ولا يبدأ الاجل في السريان بالنسبة للحالة الاولى الا من تاريخ انتهاء الملاقاة
الزوجية التي كانت تربط بين هذين الزوجين . كما انه يمكن للمشتري بطبيعة
بحال ان يبلغ الشراء بمد تسجيله لزوج من باع له الحصة ، او لأبيه وابنه ، وحينئذ
يقتضى لهذا الشريك الا الحق في استمساك الشفعة خلال ثلاثة ايام والا سقط
حقه .

(3) اذا كان الشريك المستحق للشفعة قاصرا ، وليس له ولي من اب او وصي او مقدم
من طرف القاضي ، ولا يبدأ التقادم في السريان في هذه الحال الا من اليوم الذي يميّن
به للقاصر نائب قانوني والا فمن اليوم الذي يصبح فيه القاصر رشيدا اما ببلوغه
من الرشد القانوني الذي هو 21 سنة ، او بصددور الحكم بترشيده .

وقد نص الفصل 379 من ظهير الالتزامات والمقود على هذه الحالة .
(4) اذا كان الشريك المستحق للشفعة غائبا . ويقصد بالفائب هنا الشخص

الذي ينقطع خبره ولا يعرف مكان اغاضه . ولا يعد التقادم في السريان بالنسبة لهذا
الفائب الا من التاريخ الذي ثبت غيبته ومبين له ان كاتب قانوني يتولى ادارة امواله .
(5) الشخص الذي يوجد في مكان بعيد عن مكان الذي يوجد فيه المقار
موضوع الشفعة .

ونرى ان الصيغة التي تعتبر هذا كوكلة تقضيها الى اجتهاد القاضي الذي يجب
عليه ان يراعي ظروف كل حالة وقروضا اذا كان الشريك عن المكان الذي يوجد
فيه المقار موضوع الشفعة مائلا له من حيث الشفعة اولا .

وذلك كمن غاب عن بدوه ، وانما في بدد اجنته وثبت انه لم يرجع الى بلاده منذ
ان سافر قبل تسجيل الشراء في الرسم العقاري فان تمت مدة او اكثر ، فان تلك
المدة لا تحسب في الاجل ، وانما يبدأ الاجل بالثقة اليه من تاريخ رجوعه .

اما من غاب بعد تسجيل البيع في الرسم العقاري فان الاجل يسري في حقه
لا توقفه غيبته بحيث اذا لم يرجع الا بعد مضي السنة فان حقه في الشفعة يتقادم .

(6) اذا كان الشريك في وضع يحصل عليه ان يطلب بشفقة ، وذلك كمن
كره على السكوت عن طلب الشفعة . فلا يسي التقادم في حقه الا من يوم زوال هذا المنع .
ومثل ذلك ايضا : الشريك الذي احتل على حصة ورثة المشتري او بعضهم .
ما لو فرضنا ان شخصا اشترى حصة في عقار حيث سجل شرائه توفي ، ولم يسجل
ورثته اراشتم في الرسم العقاري ، فان للشريك الحق في ان يطلب الشفعة متى امكنه ذلك .
وهذا ما يفهم من حكم للمجلس الاعلى فسي قضية تتلخص في ان المشتري
جزء من عقار توفي بعد تسجيل شرائه بالحفاطة العقارية ، ولم يسجل ورثته اراشتم ،
قدم الشريك - داخل سنة من يوم تسجيل الشراء - بطلب العرض ضد بعض الورثة
معروفين لديه . وبعد الاجراءات سجل الازالة غيبا ان هناك وارثا آخر لم توجه
ليه دعوى الشفعة ، فالتبت دعوى الشفعة بسبب ذلك . وبعد مرور سنوات طلب الشريك
ليغ ذلك العرض للوارث الذي لم يكن ادخل في الدعوى السابقة ، ثم رفع هذا الشريك دعوى
محيط العرض ، فانتبت القضية بالحكم له باستحقاقه للشفقة ، ورفض المجلس الاعلى
لب النقض المقدم ضد هذا الحكم بملحة ان الشريك احتل عليه مراعاة الاجل القانوني
ما يخص ذلك الوارث الخاص ، لكون رسم الازالة لم يسجل الا بعد مرور ذلك الاجل
القانوني (1)

ومن ذلك ايضا ما اذا كان الشريك قاصرا وكان الوصي عنه هو مشتري الحصة

نفسه فان هذا الولي قد لا يحتمل الشفعة عند نفسه لمن هو تحت ولايته ، كما
انه لا يمكن لهذا المحجور ان يرفع الدعوى بطلب الشفعة مادام محجورا . ولذلك فان
اجل الشفعة بالنسبة لهذا القاصر لا يتدنى الا ~~من~~ رفع الحجر عنه .
وهذا ما حكمت به حكمة الاختصاص بالخاصة قضية كان الشريك فيها قاصرا
وتحت وصاية المشتري للحصة . فاعتبرت الحكمة ان حصة المشتري كان طويلة المدة التي
سبقت ترشيده في وضع يستحيل عليه فيه المطالبة بالشفعة ضد الوصي (1) .
وهذه الحالات الثلاث تغطيها الفصل تحسن ظهير الالتزامات والمقود .
ثانيا : اما فيما يتعلق بقطع التقادم . فلما اشير الى انه اذا اشترى شخص
حصة من عقار محفظ وسجل شراؤه في الرسم العقاري فان الاجل ياخذ في السريان ابتداء
من تاريخ التسجيل (2) الا بالنسبة للحالات المضارحة في وقف التقادم فلا يبدأ هذا
الاجل الا من يوم زوال الخطر الذي اوقف الاجل . ~~كما~~ ينتهي الاجل المحدد يعتبر
حق الشريك قد تقادم ولا يحق له ان يطلبها بعد ذلك .
ولكن نظرا الى ان مدة الثمنين او الحنة مدة تقادم لا سقوط . فانه يمكن للشريك
ان يعمل خلال الاجل على قطع التقادم . كما انه يمكن ان يصدر من المشتري نفسه
ما يقطع التقادم الذي بدأ في السريان .

ومن الاعمال التي تنقطع التقادم بالنسبة للشفعة ما يلي :

- (1) كل مطالبة دائية او غير دائية يقضيها الشريك تجاه المشتري
يكون لها تاريخ ثابت ، ويكون من ثمتها ان تحمل المشتري في حالة مطل لتنفيذ
التزامه ولو رفعت امام قاض غير مختص ، او قضى بطلانها لم يصب في الشكل . وذلك
تطبيقا للفصل 381 من ظهير الالتزامات والمقود الذي ينص في فقرته الاولى على
ما يلي : (ينقطع التقادم : 1) بكل مطالبة دائية او غير دائية يكون لها تاريخ ثابت

(1) حكم بتاريخ 26 يناير 1946 . من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية

بالقرب صفحة 170 نقلا عن مجلة المحاكم الفرنسية لسنة 1946 صفحة 108 .

(2) مع ملاحظة ما قلناه بالنسبة لمن حضر عند تحرير عقده
الشراء .

ومن شأنها ان تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه ، ولو رفعت امام قاضي غير مختص ، او قضى ببطالها لم يرب في الشكل) .

ومعنى هذا ان الشريك اذا قام باعلان رغبته في الشفعة للمشتري وعرض عليه الثمن فاعطى استمداده لتمكينه من الشفعة ، الا انه صار يماطل في تحرير عقد التنازل عن الحصة فان هذه المطالبة تقطع التقادم .

وكذلك اذا قام الشريك بالمرض والايذاء امام محكمة غير مختصة بالنظر في تلك القضية . كما اذا رفع الدعوى امام المحكمة التي يوجد موطن المشتري في دائرتها ، فاصدرت المحكمة حكمها بعدم الاختصاص ، واحالت القضية على المحكمة المختصة (1) بعد مرور اجل الشفعة ، فان ذلك لا يجعل حق الشريك في الشفعة يتقادم ، لانه برفعه الدعوى الى القضاء داخل الاجل وممارسته للشفعة امامه ، يعتبر انه قطع التقادم ولم يعد الاجل يسري في حقه . ولو كانت المحكمة التي رفع اليها الدعوى غير مختصة بالنظر في هذه القضية .

وكذلك اذا حكمت المحكمة بالفناء الدعوى لفسادها شكلا ، كما لو رفعت دعوى الشفعة على قاصر من غير ان تكون في اسم وليه القانوني ، او رفعها القاصر مخصيا .

(2) كل امر يعترف فيه المشتري بحق الشريك في شفعة الحصة التي اشراها ، وذلك كما لو فرضنا ان شخصا اشترى حصة شائعة في عقار وقام بتسجيل شرائه في الرسم العقاري ، ثم قبل انتهاء سنة على هذا التسجيل علم ان الشريك عازم على ممارسة حقه في الشفعة ، فوجه اليه هذا المشتري رسالة يخبره فيها بهذا الشراء ، يعترف له بحقه في الشفعة ، وانه على استعداد لتمكينه منها ، ولكنه يطلب منه بصفة ريثما يتدبر اموره ويبحث عن مسكن آخر ينقل اليه بدلا من الحصة التي سكنها .

وكما لو فرضنا ان الشريك اتصل بالمشتري واعلنه برغبته في الشفعة وطلب منه ان يقيم عليه الثمن ، فقبل المشتري ذلك ، وحاز منه جزئا من ذلك الثمن ، وامهله في الباقي بعد ان مكث من وصل ثابت التاريخ يعترف فيه بحيازته بالملح المذكور من قبل الشفعة . وانه سيكونه من الشفعة عندما يحضر له قسي الثمين والمصاريف .

(3) في ظل المسطرة المدنية الجديدة لا يتصور ان تثار بصدور دعوى الشفعة مسألة الاختصاص النوعي . لان المحكمة الابتدائية تختص بجميع الدعاوي . كما انه لا يمكن الحكم بعدم اختصاص المكانس ، وانما يجب عند ما يثار هذا الدفع ان تحكم المحكمة باحالة القضية على محكمة المختصة بدون عوائق ولا اجراءات .

ففي هاتين الحالتين ينقطع التقادم ، ويبدأ الاجل من جديد بحيث يكون لهذا الشريك الذي انقطع التقادم لفائده ، ان يستعمل حقه في الشفعة خلال اجل جديد .

وهكذا يتبين ان حق الشريك في الشفعة يتقادم بخمسي شهرين اذا حضر البيع الذي انتقلت الحصة بموجبه الى المشفوع منه ، ومصرور سنة من رسوم تسجيل ذلك البيع في السجل العقاري فيما اذا لم يحضر عقد البيع .
لكن اذا تم إيقاف التقادم او قطعه ، فان الشريك يقيس على حقه في طلب الشفعة مادم حقه هذا لم يتقادم او يسقط .

وينبغي على هذا ان الشريك الذي يطلب الشفعة بعد مرور الاجل المذكورين ، ويثبت ان حقه لم يتقادم ، يحكم له بها ، وتنتقل الحصة حينئذ الى ملكه . ولا يؤثر على حقه هذا ما يمكن ان يكون قد قام به المشتري (المشفوع منه) من تصرف في الحصة المشفوعة ، بحيث لو فرضنا ان تلك الحصة قد فوتت من طرف المشتري ببيع او هبة او غيرهما ، فان ذلك التفويت لا يؤثر على حق الشريك في الشفعة منه ، بحيث اذا كانت الحصة قد سجلت في اسم غير المشتري فيمكن للشريك الذي لم يتقادم حقه في الشفعة - عند ما يحكم له بها - ان يطلب التشطيب على اسم ذلك المالك الجديد للحصة ، وتسجيلها على اسمه بصفته مالكا لها بمقتضى الشفعة .

ولا يتعارض هذا مع حجية التسجيل ، لان هذه الحجة لا تثبت الا بالنسبة للغير في النية الحسنة ، (الفصل 3 من ظهير 19 رجب 1333) ، وعلوم ان من اقدم على التعامل مع المشتري لحصة مشاعة قبل ان يتيقن من ان حق جميع الشركاء في شفعتها قد سقط او تقادم ، يعتبر سيئ النية ، ولا يمكنه ان يحتج بانه تلقى الحصة ممن كانت مسجلة باسمه . لانه يعلم انه يتعامل في حصة مشاعة ، وان للشركاء فيها الحق في شفعتها ما لم يسقط حقهم او يتقادم .

ولهذا ، فان من ملحة المشتري لحصة مشاعة ، ان يقوم - بمعد تسجيل شرائه في الرسم العقاري - بتوجيه الانذار المنصوص عليه في الفصل 31 ليتقرر حصر تلك الحصة بسرعة ، كما ان يشفعها الشركاء ، واما ان يسقط حقهم في الشفعة ، وحينئذ يمكن للمشتري لتلك الحصة ان يحرف فيها بجميع التصرفات .

المبحث الرابع - ع

اجراءات الشفعة

يلاحظ ان الشرع المغربي لم يحدد الاجراءات التي يجب على الشريك الراغب في ممارسة حقه في الشفعة ان يتبناها للوصول الى حقه ثم ينصر على كيفية رفع الدعوى ، ولا على الاطراف الذين ترفع ضدهم الدعوى ، ولا المحكمة التي ترفع اليها هذه الدعوى ، ولا كيفية النظر في هذه الدعوى . وهذا بمكان ما عليه قوانين البلاد العربية التي بينت هذه الاجراءات تعرضت لكثير من تفاصيلها . " كما سوف نرى " .

ولكن المصل في الحاكم الشفعة حوى على اتباع اجراءات خاصة بمناسبة دعوى الشفعة . ونتمرض فيما يلي لهذه الاجراءات . ثم نكلم على اجراءات الشفعة حسب قوانين البلاد العربية . ونختم هذا المبحث باحاطة مقارنة بين التشريع المغربي وتشريعات البلاد العربية في هذا الموضع .

اولا : الاجراءات المتبعة امام الحاكم المغربي .

يجب ان العمل على ان الشريك الراغب في الشفعة يفتح مارسه للشفعة باعلان المشتري برغبته في الشفعة ، اما بواسطة رسالة مونة او بواسطة كتابة الخطب يعرض عليه فيها رغبته في شفعة الحصة التي اشتراها وضع رهن اشارته الثمن والمصاريف . ويقع هذا الاعلان عادة بعد قيام المشتري بتحويل ثرائه في الرسم العقاري . ولكن لا مانع من ان يقع قبل ذلك .

وهذا الاعلان وان كان لا يقع الاجل نيا اذا كان الشريك الذي قام به خاضعا لاجل من الاجال المحدد ولاستعمال حق الشفعة . كما انه لا يعتبر بداية لاجراءات الشفعة ، الا انه اجراء ضروري لتحريك القضية ، ولمعرفة موقف المشتري من رغبة الشريك في الشفعة . اذا التزم هذا المشتري استمداه تكوين الشريك من الشفعة ووقع الاتفاق بين الطرفين حول الثمن والمصاريف ، وتم بالمراسلات توزيع الحصة بين الشركاء الذين يرغبون في الشفعة ، فان ذلك يحضر في عقد عرفي او رسمي ، ويقدم للمحافظة المقارئة لتسجيله ، وبذلك يتم نقل ملكية الحصة الى الشفيع - واحدا كان او متعددا - وتنتهي القضية .

واذا رفض المشتري تكوين الشريك من الشفعة ، او لم يتم الاتفاق حول النقط التي تتعلق بالشفعة . او لم يعلن الشريك المشتري برغبته في استعمال حقه في الشفعة بهذه الرسالة المذكورة ، فانه يشرع في ممارسته للشفعة عن طريق القضاء . ويتم ذلك بان يقوم باعلان المشتري برغبته في الشفعة وعرض الثمن عليه عرضا حقيقيا .

وهذا الاعلان يكون بواسطة المحكمة التي يقع المقارن في دائرتها

لان دعوى الشفعة تعتبر دعوى عينية . وهذا ما نقره ~~الاستئناف~~ بالاستئناف بالرباط بقولها :

حيث ان دعوى استمالة الشفعة التي تهدف الى ~~الملك~~ الملكية لها طابع الدعوى العينية (1) .

ولهذا تكون المحكمة الابتدائية التي يقع المقار ~~الشفعة~~ الشفعة في دائرتها هي المختصة بالنظر في هذه ~~التعويضات~~ التعويضات ، حيث ان ~~التعويضات~~ التعويضات في الشفعة يتقدم الى رئيس المحكمة يقال استعجالي يطلب منه ~~تقرير امر~~ تقرير امر الى كتابة الضبط من اجل ان تقوم بتبليغ ~~الخبر~~ الخبر ~~بموجبه~~ بموجبه في شفعة ~~الشفعة~~ الشفعة التي اشترها . وانه مستعمل لاداء الثمن والمصاريف للمشتري . وانه ~~محمول~~ محمول عليه ، فان قبله فذاك ، والا امر الرئيس بايداعه بصندوق المحكمة لحساب المشتري . في تحرير محضر بذلك . ويكون المقال بطبيعة الحال ~~محمول~~ محمول على جميع البيانات ~~الشفعة~~ الشفعة من اسم الشريك وعنوانه واسم المشتري وعنوانه ومكان ~~الشفعة~~ الشفعة ~~محمول~~ محمول على الرسم المقاري ومقدار الثمن والمصاريف . وعندما يصدر الرئيس امره بتبليغ هذا الاعلان الى المشتري وعرض الثمن عليه عرضا حقيقيا . يقوم الشريك داخل ثلاثة ايام من تاريخ القرار بايداع الثمن بصندوق المحكمة ان لم يقبله الشفع من بعد عرضه عليه عرضا حقيقيا داخل الاجل المذكور .

فان لم يتم الايداع للثمن في الصندوق داخل الاجل المشار اليه سقط حق الشفع في الشفعة . وهذا ما قرره المجلس الاعلى بقوله :

وحيث انه بالرجوع الى وثائق الطف والحكم المطعون فيه تبين ان طالب الشفعة كان حصل على قرار استعجالي بتاريخ 13.6.1971 للقدن له بان يتقدم بالمرض الحقيقية لاستشفاع ما اشترته السيدة زينب الحواشي . وكان عليه في هذه الحالة ان يتقدم بضمن العقد ولوازمه خلال ثلاثة ايام من تاريخ 13.6.1971 لانه وان كان يتمتع فسي المطالبة بالشفعة بمدة مئة من يوم تسجيل البيع على التمس المقاري ، الا انفسه بعد حصوله على القرار المشار اليه فقد اصبح من حقه اجل وضع الثمن وتوابعه ثلاثة ايام من تاريخ صدور القرار 13.6.1971 ~~تتم~~ مع خصيات الفصل 974 من قانون المقود والالتزامات الذي يجب تطبيقه هنا ~~حتى لا يتعارض~~ حتى لا يتعارض مع مقتضيات ظهير التحفيظ المقاري .

وحيث ان المستشفى لم يحترم اجل ثلاثة ايام لادائه لوازمه ~~لوازمه~~ ثمن العقد ولوازمه فان طلبه هذا يكون غير متوفر على مقتضيات القانونية المشار اليها ما يحسنه غير مركز على اساس (2)

(1) قرار عدد 2444 بتاريخ 12 يناير 1943 مشهور في قرارات محكمة الاستئناف بالرباط . تعريب محمد العربي المجهول . صفحة 387 .
(2) القرار عدد 44 بتاريخ 26 محرم 1396 الموافق 28 يناير 1976 في الطال المدني عدد 51162 "لم ينشر"

بد من ان يكون العرض والايداع قد وقعاً بعد تسجيل شراء المشفوع منه في الرسم الثاني . فان وقع ذلك قبل هذا التسجيل فانه لا يكون له اي اثر وانما يكون باطل حتى اذا وقع التسجيل بعد هذا العرض والايداع فانه لا يصحح ما وقع قبله .

فانه لابد من ان يقر الثمن موضوعاً بصندوق المحكمة الى ان يأخذ المشفوع منه : من جهة الشفيع اثناء دعوى الشفعة فلا يحكم له بها (2) .
تتم كتابة الضبط بتنفيذ الامر الصادر عن رئيس المحكمة ، وذلك بان تبلغ للمشتري الشريك المدعي في شفعة الحصة التي اشتراها و ايداعه للثمن بصندوق المحكمة . فان قبل المشتري هذا العرض ووافق على تكميل الشريك من الشفعة حرر كاتب الضبط حضراً بذلك ودفع الثمن والمصاريف للمشتري حالاً ان كان قد بقي عنده الشفيع حصة اذن له بحيازته من صندوق المحكمة ان كان قد اودعه فيه . ثم يمكن الشريك نسخة من المحضر المذكور ليقدمها للمحافظة العقارية لتسجيلها ، وذلك يتم نقل حصة الشفعة المشفوعة الى هذا الشريك .

وان لم يقبل المشتري هذا العرض ، وامتنع من تكميل الشريك من الشفعة ، فان كاتب الضبط يحضر محضراً بذلك ويتم ايداع الثمن والمصاريف بصندوق المحكمة (ان لم تكن قد اوجعت) ، ثم يقوم الشريك برفع دعوى عادية الى المحكمة الابتدائية يطلب فيها الحكم بصحة العرض والايداع واستحقاقه لشفعة ما اشتراه المدعى عليه مما هو في شركته . ويدلي بنسخة من محضر العرض والايداع ، وشهادة من المحافظة العقارية تبين صفته كشريك ، وما يثبت انتقال الحصة التي يطلب شفعتها الى المدعى عليه ويحدد هذه الدعوى في سجل القضايا المدنية . وينظر فيها مثل سائر الدعاوى المدنية .

يمكن للشريك الراغب في الشفعة ان يلجئ راساً الى المحكمة ليطالب الاذن بايداع الثمن والمصاريف بصندوقها ثم عرضه على المشتري مقابل تكميله من شفخته .
وحيث ان تقوم كتابة الضبط باعلان هذا المشتري بان الشريك يرغب في شفعة ما اشتراه ، وانه وضع بصندوق المحكمة الثمن والمصاريف لهذه الغاية .

(1) حكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 13 مارس 1947 . منشور بمجلة المحاكم المغربية لسنة 1947 صفحة 155 . من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 193 .

(2) حكم حكمة الدار البيضاء بتاريخ 16 يونيو 1947 منشور بمجلة المحاكم المغربية لسنة 1947 صفحة 162 من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة 192 .

فـ قيل المشتري ذلك حرر كاتب الضبط محضرا بالشفعة ، واذن للمشتري
في حيازة الثمن والمصاريف من صندوق المحكمة .

واعتبر ما تعلم الثمن وتمكين الشريك من الشفعة ، حرر محضرا بذلك الامتناع
عن حقك في هذه الحالة الحق في ان يرفع مقالا الى المحكمة يطلب الحكم بالشفعة .

وتم ايداع الثمن والمصاريف - في هذه الحالة - في صندوق المحكمة
داخل الاجل القانوني ، فان ذلك يكفي ، ولو لم تقم المحكمة بتبليغ ذلك العرض
الى المشتري بعد انتهاء الاجل القانوني .
هذا ما قرره المجلس الاعلى بقوله : .

لكن في حوث ان العبارة في اعتبار وقوع العرض العيني قد تم داخل الاجل القانوني
او خارجه ، فان ذلك من التاريخ الذي تم فيه وضع ثمن الشراء والمصاريف اللازمة من
لارب الراغب في طرسة الشفعة بين يدي كتابة الضبط من اجل عرضه على المشتري ، لا من
التاريخ التي تم فيه تنفيذ ذلك من طرفها (1) .

وقد اورد الشريك ان يحتج تجاه الغير بحقه في الحصة التي يطلب شفعتها
وان لا يسي تحاذه اي تصرف يمكن ان يجريه المشتري على هذه الحصة اثناء دعوى
الشفعة ، عليه ان يقوم بالقييد الاحتياطي ، وذلك بان يوجه الى المحافظة العقارية
طالب تقييد حقه بشفعة احتياطية ، ويرفق طلبه هذا اما بنسخة من المقال الذي تقدم
به الى المحكمة بطلب الحكم بصحة العرض والايداع والحكم له تبعا لذلك باستحقاقه للشفعة ،
واما باعترافي صادر من رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بها العقار بدائرتها باجراء
القييد الاحتياطي لحق الشفيع بناء على الطلب الذي يتقدم به اليه في شأن اصدار الاموال الى
الحافظ بفتح احتياطي لحقه في الشفعة .

وتتضمن هذا التقييد الاحتياطي ان حق الشفيع في الحصة موضوع الشفعة تتحدد
بنته في اولى ما تاريخ هذا التقييد . بحيث يتقدم حقه فعلى الحقوق التي ترتبت على تلك
الحصة بعد هذا القيد ولو لم يصدر الحكم بالشفعة الا بعد ذلك .

(1) قرار رقم 955 بتاريخ 24 دجنبر 1980 في الملف المدني عدد 85975 منشور بمجلة المجلس الاعلى
عدد 27 صفحة 46 . وصورة القضية ان الشراء للحصة وقى تسجيله بالرسم العقاري يوم 5.7.1977

قام الشريك يوم 23.6.1978 بوضع مبلغ ثمن الشراء والمصروفات اللازمة بكتابة الضبط من
جل عرضه على المشتري قصد تمكينه من الشفعة . الا ان كتابة الضبط لم تعرض ذلك على المشتري الا يوم
10.7.78 فرفض هذا المشتري ذلك الثمن ، فاقام الشريك دعوى الشفعة الى المحكمة الابتدائية

مطال فكت له بها ، وايدتها محكمة الاستئناف بسطات ، ورفض المجلس الاعلى طلب النقض الذي
استند فيه بالحكم عليه بالشفعة على ان العرض المشعر بالرغبة في الشفعة لم يقع الا يوم 10.7.78
في بعد انتهاء السنة على تاريخ تسجيل الشراء في الرسم العقاري .

يوجه البائع والمشتري الاعلان المذكور فان رفع الدعوى يجب ان يتم داخل اربعة اشهر من يوم تسجيل الشراء ، حسب القانون المصري ، ومنقوب القانونيين الليبيين والبناني وستة اشهر حسب القانون العراقي .

اما الخصوم في دعوى الشفعة فهم الشفع بصفته حاء ، والبائع والمشتري بصفتهما مدعى عليهما ، ولا يكفي رفع الدعوى ضد احدهما فقط .
واما المحكمة المختصة بالنظر في هذه الدعوى فهي محكمة التي يقع المقار المشفوع في دائرتها .

وقد نص القانون المصري والليبي والعراقي على انه يجب ان يرفع في دعوى الشفعة على وجه السرعة .⁽¹⁾

ثالثا : مقارنة بين التشريع الليبي وشريعات البلد المي في هذا الموضوع .

ومن هذا المرض الموجز لاجراءات الشفعة في قوانين البلدان الثلاثة . يبين لنا ان هذه القوانين تعرضت لكثير من التعديل المتعلقة بهذه الاجراءات ، ونصت على معظم القواعد التي تتعلق بممارسة حق الشفعة من اعلان الشريك برغبته في الشفعة الى صدور الحكم فيها . بخلاف القانون المصري الذي لم يتناول هذه الاحكام بل اكتفى بالاشارة الى ان ممارسة الشفعة يجب ان تكون داخل اجل محدد ، وتكفل الاجتهاد بوضع الاجراءات التي اشرنا اليها والتي تتبع عادة بمسابقة طرسة الشريك لحقه في الشفعة . وهي كما راينا اجراءات لم ينص عليها القانون صراحة ولم ينظمها في فصل خاصة وان كان بعضها قد استنبط من بعض النصوص او من القواعد العامة المتعلقة بالنظيم .

فمثلا : فيما يتعلق بوجوب قيام الشريك بالمرض والاياداء قبل رفعه للدعوى بالشفعة يمكن ان يشهد له التعبير الوارد في الفصل 25 والذي ينص على ان الشريك يحق له ان ياخذ الحصة من المشتري بالشفعة بعد ادائه الجلع المؤدى في شرائها . فهذه الظرفية تقضي بان اداء الثمن يجب ان يسبق المطالبة بالشفعة . كما انه يبق ان عرفنا ان المالكية بشرطون في استحقاق الشفع للشفعة ان يرهن على انه قادر عند طلبه للشفعة على اداء الثمن والمصاريف⁽²⁾ . ولا شك في ان قيامه بالمرض والاياداء للثمن والمصاريف المشتري اقوى دليل على هذه القدرة .

وان كان يلاحظ ان المحاكم لا ترى انه يجب ان يقدم الراغب في الشفعة بالمرض والاياداء قبل رفعه للدعوى ، بل تترك له الخيار بين ان يفعل ذلك وبين ان يقدم دعوى الشفعة ، ثم يقوم بايداع الثمن بصندوق المحكمة .

وهذا ما عبرت عنه محكمة الاستئناف بقاس بقولها :

(1) انظر في ذلك كله المواد 940 الى 943 والمادة 948 من القانون المدني المصري . والمواد 944 الى 947 والمادة 952 من القانون الليبي . والمواد 247 الى 249 من القانون اللبناني والمادة 1134 والمواد 1138 الى 1140 من القانون العراقي . (2) انظر صفحة : 46

وحيث انه لا وجود لاي خرق للفصل 25 من ظهير النخبة والفصل 974 ما دام الشرع لم يرتب على ذلك البطان . اذ المراد من ذلك هو مدة مدى جديدة طلب الشفعة ، وقد حصل ذلك باللجوء الى المحكمة ، ثم بايداع ~~ال~~ ^{لن} لديها . كما ان الظهير المذكور لم يشترط لقبول دعوى الاخذ ~~بأنه~~ ان تقدم ⁽¹⁾ المروض قبل فتح المجال لطالب الشفعة ان يقدم الى المحكمة ~~لطلب~~ لتقديم طلبه . لكن لابد ان يتم كل من ابداء الرغبة في الشفعة وايداع ~~ال~~ ^{لن} والصارف داخل الاجل المحدد لممارسة الشريك للشفعة .

وهذا ما نص عليه المجلس الاعلى حنا قال :

حيث ان كلا من ابداء الرغبة في طلب الشفعة ومع الشرط ~~طريف~~ يجب ان يكونا معا خلال الاجل المحدد ~~للمحاكمة~~ ⁽²⁾ .

وفيما يتعلق بوجوب قيام الشريك بمروض الثمن وايداعه بمنطق المحكمة داخل ثلاثة ايام من تاريخ رغبته في الشفعة يندل له بالفصل ~~30~~ من ظهير الالتزامات والعقود ، الذي يوجب على الشفيع ان يؤتي الثمن ~~والطريف~~ عاجلا وعلى الاكثر خلال ثلاثة ايام . وقد سبق ان قررنا انه يجب الرجوع الى القانون المدني (لانه الاصل) في كل ما لم ينص عليه القانون المقارن . كما اننا نعدل لهذا الحكم بما يجري عليه العمل في المذهب المالكي من ان الشفيع يؤجل لاداء الثمن ثلاثة ايام على اكثر تقدير .

وفيما يتعلق بالقيود الاحتياطي . فان الفصل 85 من ظهير 9 رها 1331 موافق 12 غشت 1913 ينص في فقرته الاولى على ما يلي : يكن لكل من يدعي حقا في عقار محفظ ان يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ الموقت بهذا الحق .

ومع ذلك فان هناك عدة ثغرات في احكام الشفعة كان يحسن بالشرع ان يعمل على سدها ، وان يتعرض لتفصيل الاحكام التي تصل بالشفعة حتى لا يفسد القضاء مختارا في ايجاد الحلول للمشاكل التي تلح عليه ولا يجد نصا صريحا يطبقه عليه .

ونذكر بعض الامثلة للمشاكل المتعلقة بالشفعة والتي لانجد لها في قانوننا نصا صريحا فيها .

- (1) بيان الحقوق العينية التي ترد عليها الشفعة والحقوق التي ~~لا~~ ^{لا} ترد عليها .
- (2) اذا كان المقار مشتركا بين مسلمين وغير مسلمين واع احد الشركاء نصيبه ثم طالب

(1) قرار عدد 77/2231 تاريخ 24 رجب 1397 الموافق 12 يوليوز 1977 في القيت عدد 4548 "لم ينشر" .

(2) قرار عدد 573 بتاريخ 31.12.75 مشور بمجلة القضاء والقانون عدد 126 صفحة : 117 .

الشركاء جميعا بالشفعة فهل يستحق الشركاء جميعا الشفعة بقطع النظر عن مراتبهم او تطبق مقتضيات الفصل 30 على الشركاء المسلمين دون غيرهم .

(3) اذا تصرف المشتري في الحصة قبل ممارسة الشريك لحقه في الشفعة فما

هو اثر هذا التصرف بالنسبة للشريك الراغب في الشفعة .

(4) اذا مارس احد الشركاء حقه في الشفعة وحكم له بها ثم طالب شريك آخر الشفعة داخل الاجل الذي يخضع له فما هو صير طلبه هل يحكم له بالشفعة ، او يحتج ضده بان الحصة قد تقرر صيرها بالحكم الصادر لصالح الشريك الذي طالب بالسبب او لا بالشفعة .

(5) عندما تستحق الحصة المشفوعة من يد الشفيع او يكشف فيها عيبا

هل يرجع على الشريك الذي باع تلك الحصة راسا او يرجع على المشفوع منه .

(6) متى يملك الشفيع الحصة التي شفعتها ومتى يستحق غلتها .

(7) متى يؤدي الشفيع للمشتري قيمة ما ادخل على الحصة من تحسينات ومتى

لا يكون ملزما بذلك وكيفية حساب هذه القيمة عندما يكون الشفيع ملزما بادائها .

(8) ماذا يقصد بممارسة حق الشفعة المذكورة في الفصل 31 الذي ينص على

انه يجب على الشريك ان يمارس الشفعة داخل ثلاثة ايام فيما اذا بلغ بالشراء من طرف المشتري ، هل هو مجرد اعلان المشتري برغبته في الشفعة ، او هو عرض الثمن عليه وايداعه بمندوق المحكمة في حالة رفض الشريك لقبوله . ان مما لا شك فيه ان العرض والايداع يحتاج الى اجراءات قضائية لا تكفي في المادة ثمة ايام لانجازها .

(9) عندما يقوم الشريك بالعرض والايداع ويمتنع المشتري من تكوين الشريك

من الشفعة فما هو المهاد الذي يجب فيه على الشريك ان يرفع خذله دعوى الشفعة .

(10) اذا رغب شريكان او اكثر في الشفعة . كل على حدة ، واعلنا رغبتهم فيها

تلقائيا او بعد تبليغ الشراء لهما . فهل يجب على كل واحد منهما ان يودع كل الثمن والمصاريف او ما يساوي نصيبه في الحصة المشفوعة فقط .

الى غير ذلك من المشاكل التي لانجد لها في القانون نصا تحكما .

ونحن وان كنا نحاول ايجاد الحلول لكثر هذه المشاكل ، فان ذلك لا يعدو ان

يكون مجرد رأي خاص اعتمدنا فيه على احكام الفقه الاسلامي مع تطبيق القواعد

العامة للتشريع المقاري . وقد احتاج ذلك منا الى جهود ضخمة ووقت طويل

قضينا في البحث والرجوع الى المراجع المتددة لكتب الفقه والقانون للبحث في ثناياها

عن هذه القواعد ، وهذا شيء لا يتوفر لكل قاض نظرا لكثرة القضايا التي يطلب منه ان يفصل

فيها على وجه السرعة ، ولذلك يجب ان توضع بين يديه نصوص صريحة يسهل عليه الرجوع

اليها بيسر ويتيسر عليه فهمها وتطبيقها .

زيادة على أننا كنا نسوق في كل حكم عدة آراء ثم نقارن بين هذه الآراء ونبسط حجج كل فريق وننتقدها ثم نخلص الى ترجيح ما نراه اولى بالقبول واكثر تشميسا مع ما يوافقنا الاسلم من تحقيق العدل وايصال الحقوق الى اربابها . ولا شك في ان هذا الترجيح مهما اجتهدنا فيه لا يعد وان يكون مجوه مجهود شخصي اذا صادفنا الصواب مرة فهو معرض للخطأ مرات . ولا يمكن ان تكلف القاضي بان يقوم بمثل هذه الجهود بمناسبة كل قضية تعرض عليه ، كما اننا لانطمئن دائما الى اجتهادنا . ولذلك وجب ان يتكفل التشريع بسن القواعد التي يطبقها القاضي ، خصوصا وان تشريع الاحكام يحاط بضمانات وتوفر فيه امكانيات لا تتوفر للباحث المنفرد . مهما اوتى من علم ومهما تحلى به من صبر وجلد .

وإذا قارنا تشريعنا المتعلق بالشفعة بتشريعات البلاد العربية في هذا الموضع ، نجد ان تشريعنا لم يتعرض لكثير من الاحكام التي فصلتها هذه القواعد . وقد تبين لنا ذلك في كثير من المناسبات التي اشرنا فيها الى الاحكام التي نصت عليها تلك القوانين فيما يتعلق بالشفعة .

المبحث الخامس

اثر الشفعة

عندما يستعمل الشريك (واحدا كان او متعددا) الحق في الشفعة . ويقوم باقتيات استحقاقه لها ويؤدي ما عليه للمشتري ، تنتقل ملكية الحصة المشفوعة الى هذا الشريك الشفيع ، ويصبح مالكها لها بنفس الصفة التي ملكها المشتري . ويشرح بهذا الصدد سواء الان هـــــ :

أولا : ومن يتلقى الشفيع هذا الحق ؟ هل من البائع او من المشتري المشفوع منه ؟ . ومجابهة اخرى ، هل يحل الشفيع محل المشتري المشفوع منه في ذلك البيع الذي انعقد بين الشريك البائع وبين المشتري المشفوع منه ، بحيث يصبح الشفيع وكأنه اشترى الحصة المشفوعة من الشريك البائع راسا . ويختفي المشفوع منه من الملكية وكأنه لم يشتري ولم يملك في يوم من الايام تلك الحصة . او يتلقى الشفيع الحصة من المشفوع منه بحيث تكون وكأننا امام بيعين . بيع اول صدر من الشريك للمشفوع منه . وبيع ثان قام بين المشفوع منه والشريك الشفيع . بحيث تبقى اثار المقد الاول قائمة بين الشريك البائع والمشتري المشفوع منه . ونشأ اثار اخرى بسبب الشفعة بين المشفوع منه والشريك الشفيع .

ثانيا : متى تنتقل الحصة المشفوعة من ملك المشتري الى ملك الشفيع ؟ ومجابهة اخرى . متى يعتبر الشريك قد ملك الحصة التي شفعاها . هل من يوم ثبوت حقه في

الشفعة باثباته لشراء الشفع من تلك الحصة وشركته هو فيها . او من يوم قيامه
باعلان رغبته في الشفعة للمشتري وعرض الثمن عليه . او من يوم صدور الحكم النهائي
القاضي باستحقاق الشريك للشفعة . ؟

نجيب على هذين السؤالين في الطلبين التاليين :
الطلب الاول : من يملك التمتع بالشفعة المفعولة .

ما لا شك فيه ان المشتري يعتبر من ~~تسجيل~~ شرائه في الرسم العقاري
هو المالك الوحيد للحصة التي اشتراها ملكية تامة . ومثل ذلك الى ان يقوم احد
الشركاء باعلانه برغبته في شفعة تلك الحصة . ~~في~~ الثمن عليه .

وينبغي على ذلك ان للمشتري الحق في ان يبيع في الحصة التي اشتراها ما
دام لم يعلن من طرف احد الشركاء بالرغبة في شفعة . كما يترتب على ذلك ايضا
ان اجراءات الشفعة تباشر من جانب الشفيع ضد الشريك وحده .

وندرس هاتين النقطتين فيما يلي :
النقطة الاولى : حق المشتري في الحصة المشتراة .

يملك المشتري الحصة التي اشتراها ملكية تامة من يوم شرائه لها . ويمكنه
الاحتجاج بهذه الملكية تجاه الغير من يوم قيامه بتسجيل شرائه في الرسم العقاري .
ويترتب على ذلك ان المشتري يحس له ان يتخلى عن تلك الحصة التي اشتراها ، وان يستغلها
وان يتصرف فيها ، بشرط ان يتقيد بالقواعد التي تنظم الملكية الشائعة . وذلك كما
يلبي :

أ - للمشتري حق الانتفاع بالحصة التي اشتراها . ومن المعروف ان طريقة انتفاع
الشركاء بالشيء الشائع يكون بأحدى الويلتين التاليتين :

الوسيلة الاولى : القسمة الاستثنائية (وهي التي تسمى بقسمة المهايأة) وتتم
اما بان يتناوب الشركاء على الاستئثار بالمقار ، بحيث يحوز كل واحد من الشركاء
مدة بحسب نصيبه فيه ، ثم يحوز الآخر مدة اخرى بحسب نصيبه . وهكذا . وتسمى
المهايأة في هذه الحال : مهايأة زمنية . واما بقسمة ذلك المقار المشاع بينهم . بان يختص
كل واحد منهم بجزء من المقار الشائع على قدر نصيب كل واحد منهم لينتفع به . وتسمى
هذه القسمة في هذه الحال : المهايأة الكائنة . وهذه القسمة بنوعيتها لا ترفع الشيوع .

الوسيلة الثانية : ان يكره لمن ينتفع به قبل ملاح يوزعونه بينهم بنسبة
ما يملكه كل واحد منهم . ويجب اللجوء الى هذه الطريقة عندما يكون المقار المشاع مما
لا يقبل القسمة كالحصام والرحى .

ونناء على ما ذكرنا يكون من حق المشتري ان ينتفع بتلك الحصة باحدى الويلتين
المذكورتين . نفاذا كانت الحصة فسميني ارض شائعة ، وكانت مقسومة قسمة استثنائية ، فانه

يحتوي ذلك الحصة من البائع، ومنفع بها كما كان جائع ينفع بها. وإذا كانت
بيوتاً في دار أمكنه أن يسكنها. وهكذا. إلا أنه يجب عليه أن يتقيد بما يفرضه
الفصل 962 من ظهير الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: لكل مالك على الشياح
أن يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه على شرط أن يستعمله استعمالاً يشافى مسرع
طبيعته أو مع الفرض الذي أعد له وأن لا يستعمله استعمالاً يعارض مع مصلحة بقية المالكين
أو على وجه يترتب عليه حرمانهم مما أن يستعملوه بدورهم. لا تقتضيه حقوقهم. وهذا
يعني أن المشتري يجب عليه أن يحيد بأن لا يستعمل الحصة التي حازها استعمالاً يتنافى
مع طبيعة المقار، أو مع النور الذي أعد له، أو يتعلل مع مصلحة بقية المالكين. بحيث
إذا كانت الحصة عبارة عن دار معدة للنسج فلا يجوز له أن يحول البيوت التي حازها إلى
مكتب أو معمل. وإذا كانت تلك الحصة عبارة عن جزء من أرض ومباني نصيبها من حق
ارتفاع بالممرور في عقار آخر فلا يجوز للمشتري أن يستعمل الممرور غير ما أعدت له. كما
لا يجوز له أن يمنع بقية الشركاء من المرور في ذلك الممرور أو أن يضع أشياء
تعرقل مرور الشركاء.

ب- للمشتري حق استعمال الحصة التي اشتراها. بمعنى أن المشتري يملك
غلة وثماراً لحصة التي اشتراها. لأن هذه الثمار طبيعة. كثمار الأشجار، أو غلة
الأرض الفلاحية. أو كانت ثماراً قانونية. وذلك ككروا الحمام والرحى.
والغلة التي يستحقها المشتري تكون بطبيعة الحال على قدر نسبة الحصة التي
اشتراها. بحيث إذا كانت تلك الحصة تنامي ربع المقار استحق المشتري ربع الغلة، وإذا كانت
الحصة تساوي سدس المقار استحق سدس الغلة وهكذا.

وقد ذكرنا أن المشتري يخلق الغلة بنفسه. وليس بصفته مجرد حائز.
ولذلك لا يمكن للشفع أن يرجع على هذا المشتري بتلك الغلة التي أخذها قبل إعلان
برغبته في الشفعة. لأنه كان عند ذلك مالكا للحصة التي اشتراها. ومعلوم أن المالك
للحصة يملك غلتها.

نعم إذا أعلن الشريك المشتري برغبته في الشفعة، وقام بالمرض الحقيقي للثمن
والمصاريف فمعه ذلك يكون مسؤولاً عن تلك الثمار، وحتى للشفع أن يرجع عليه بها، لأن
ملكية الحصة انتقلت إلى الشفع ابتداءً من تاريخ قيامه بإعلان المشتري برغبته في الشفعة
وعرض الثمن عليه. وإذا انتقلت إليه ملكية الحصة فإنها تنقل إليه بجميع عناصرها ومنها
الغلة. ويتبين عند صدور الحكم النهائي باستحقاق الشريك للشفعة أن المشتري
أصبح بمقدار إعلان برغبته في الشفعة وعرض الثمن عليه من طرف الشريك الذي حكم
له بالشفعة مجرد حائز سيء النية. خصوصاً أنه كان من الممكن أن يعمل
بمجرد إعلانه على الرسم العقاري الخاص بالمقار، أو بالحق موضوع طلب الشفعة
على جميع البيانات المتعلقة بالشركة والشياح وغير ذلك مما لا يقيس معه للمشتري

اي عذر في هذه حق هذا الشريك الشفيع . ومعلوم ان الحائز سيء النية يكون مسؤولاً ولا عن
الثمار السببة والمدنية التي حصل عليها والتي كان يستطيع ان يحصل عليها لو انه
ادار الثمار تحت حيازته ادارة معتادة . ويمكن لهذا المشتري ان يطالب الشفيع بالمصروفات
الضرورية التي انفقها في المحافظة على تلك الثمار وجنيها (1) .

ج - تصرف المشتري في الحصة المشتراة . يخضع تصرف المشتري في الحصة التي اشتراها
للقاعدتين عين عرفناهما فيما سبق ، وللتين يمكن تلخيصهما فيما يلي :

1- ان المشتري يعتبر مالكا للحصة التي اشتراها ملكية تامة من يوم تسجيل

عرائه في السجل العقاري . وهذه الملكية تعطي له الحق في التصرف في تلك الحصة بجميع
انواع التصرف الى ان يعلنه الشريك برغبته في الشفعة مع عرض الثمن عليه .

2- ان الشريك يثبت له الحق في الشفعة بمجرد قيام شريكه ببيع حصته . وهذا
مصرف في الشفعة مخصص عليه في القانون . والمفروض في المشتري لهذه الحصة ان يعلم بان للشريك
الحق في شفا خلال الاجل المحدد له قانونا . وان كان من شان هذا الحق ان لا يقيّد
حرية الحق في التصرف في الحصة التي اشتراها . لان حقه يبقى متصلا بالحصة
ومتعلقا بها . بالرغم من التصرف الذي يمكن لهذا المشتري ان يجريه على الحصة ، الا ان
هذا التصرف لا يمكن ان يؤدي الى مضع الشريك من استعمال حقه في الشفعة ، ذلك
الحق الذي ثبت له بمجرد قيام شريكه ببيع حصته . ولهذا رأينا ان الفقهاء يقولون
بان تصرف المشتري في الحصة يبقى معلقا على ما يقرره الشريك فيما يتعلق بالشفعة .
فاذا حصل حقه في شفعة تلك الحصة من يد المشتري الفني التصرف الذي قام به المشتري .
لان حق الشريك سابق على حق المثلثي للحصة من المشتري . وان قرر عدم الاخذ بالشفعة
من ذلك المشتري ، مضمّن ذلك التصرف واصبح نهائيا .

ولا يقتل ان في بقاء التصرف الذي يجريه المشتري معلقا على ما يقرره الشريك ضررا بالمشتري
والشريك كان طرفا في هذا التصرف الذي اجراه هذا المشتري . لان حق الشريك في الشفعة
ثبت بنوعه القانوني ولا يمكن للمشتري ان يفوته عليه بمجرد قيامه بتفويت الحصة للغير . ولان كلا من
المشتري والغير انفي تلقى الحصة من هذا المشتري يعلم ان الشريك يستحق شفعة تلك الحصة
التي يجوز ان عليها هذا التصرف ، وان حقه هذا لا يسقط بذلك التصرف .

كما ان نقول ان المشتري اذا تصرف في الحصة التي اشتراها - بمحض او بغيره - (في حدود
ما تحل عليه قواعد الملكية الشائعة) فانه يكون كمن تصرف تحت شرط فاسخ هو ان لا يستعمل
الشريك حق الشفعة . ويترتب على ذلك انه اذا استعمل الشريك حق الشفعة تحقق الشرط الفاسخ ونتج

(1) ينص الفصل 101 التزامات وعقود على ما يلي : (الحائز سيء النية ملزم بان يرد مع الشيء كل الثمار الطبيعية
والمدنية التي جتاها ، او التي كان يستطيع ان يجنيها لو انه ادار الشيء ادارة معتادة وذلك من وقت وصول
الشيء اليه) لا حق له الا في استرداد المصروفات الضرورية التي انفقت لحفظ الشيء وجني الثمار . غير
انه لا يكتفى له الحق في ان يباشر هذا الاسترداد الا على الشيء نفسه . ومصروفات
الشيء التي تقع على عاتقه .

عن تحقيقه نسخ ذلك التصرف . وإذا مضى الأجل ولم يستعمل الشريك حق الشفعة اعتبر التصرف هائيا . وكذلك إذا تنازل الشريك عن حقه في الشفعة صراحة أو دلالة . ونرى هذا الحكم يطبق على المقارات المحفوظة . بحيث نقول ان المشتري يمكنه ان يصرف في الحصة التي اشتراها قبل ان يعلنه الشريك برغبته في الشفعة مع قيامه بمصر الشفعة . ولكن يصير هذا التصرف يبقى معلقا على موقف الشريك ، فان تنازل عن الشفعة من حقه فيها ، اعتبر ذلك التصرف صحيحا من تاريخ وقوعه . وان استعمل الشريك حق الشفعة فسخ ذلك التصرف وانتقلت الحصة الى الشفيع ، وشطب على ذلك التصرف الرسم العقاري ان كان قد سجل فيه .

ولا يقطع من تلقى الحصة من المشتري ان يحتج بأولويته التي نتجت عن تسجيل حقه في الرسم العقاري قبل اعلان الشريك عن رغبته في الشفعة ، لان هذا الذي تلقى الحصة من المشتري بغير نية ، مادام قد قبل التعامل في حصة يعلم ان الشريك فيها له الحق في شفعتها . ومعلوم ان التسجيل في الرسم العقاري لا يضمن الا الحقوق الناجمة عن حصة .

بما يؤيد هذا ان المشتري الاول ملك الحصة المشاعة مثقلة بحق الشريك فسي شفعتها ، ولا يحق هذا الحق الا عندما يتقادم او يسقط ، او يتنازل عنه صاحبه . فاذا قام هذا المشتري ببيع تلك الحصة لم يكن له ان ينقل الى المشتري الجديد هذه الحصة طهرة من هذا الحق الذي كانت مثقلة به ، لان البائع لا يمكنه ان ينقل الى المشتري الا ما كان يملكه ، وتبقى الصفة التي كان يتصف بها ذلك الحق الذي يريد نقله .

وقد سارت الحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في هذا الاتجاه . حيث قضت بان للشريك ان يستعمل الشفعة ضد المشتري الاول (وكما يحق له ان يستعملها ضد المشتري الثاني) تبعا لما يقضي به المذهب المالكي الذي استقى منه المشرع احكام الشفعة (1)

لكن حكمة الاستئناف بالرباط سارت في اتجاه مخالف ، حيث قررت ان الشريك الذي لم يقيد حقه في الشفعة في الرسم العقاري طبقا للفصل 202 من ظهير 19 رجب 1333 قبل ان يقيده المشتري الثاني ، لا يحق له ان يطرس الشفعة الا ضد المشتري الثاني (2) .

وهذا الاتجاه غير صحيح وهو يعرب عن موقف المحاكم الفرنسية التي كانت تعمل على التفريق بين الشفعة في المقار المحفوظ وغير المحفوظ ، وذلك عن طريق الاستيفاء تطبيق قواعد النقص المالكي على المقار المحفوظ .

كما ان المحكمة المذكورة اخطأت عندما اعتبرت الشفعة حقا يحتاج الى تقييده في السجل العقاري ليكن الاحتجاج تجاه الغير ، مع ان الواقع خلاف ذلك ، لان الشفعة حق نصص عليه القانون وتم قواعده ورتبه على قيام الشريك ببيع حصته . فهو بذلك غير متوقف على التسجيل لانه

(1) حكم بتاريخ 2 يوليوز 1945 . من كتاب ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية بالمغرب صفحة

118 نقلا عن مجلة المحاكم المغربية لسنة 1945 صفحة 125 . 46 . منشور في قرارات محكمة (2) يستفاد من حكم لمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28 . 12 . 46 . منشور في قرارات محكمة الاستئناف جزء 14 صفحة 119 .

يعرف بمجرده الاطلاع على رسم العقار ومعرفة أنه يوجد في حالة شياح ، ولذلك قلنا
ان المشتري الثاني الذي قدم على شراء الحصة من المشتري الاول يعتبر سيء النية ، ولذلك
لا يستحق الرعاية التي يستحقها من كان حسن النية ، ثم ان القول بان الشريك لا يستحق
الشفعة الا من المشتري الثاني يؤدى الى حرمانه من ممارسة حقه في الشفعة ، لان المشتري
الاول قد يبادر الى تفويت الحصة الى ابنه مثلاً " اوالى الفير " عن طريق الهبة او عن
طريق الهبة ، او غيرها من التصرفات التي لا شفعة فيها ، لاجل ان يحرم الشريك
من ممارسة حقه في الشفعة .

ولهذا فساد المشرع لم ينص على ان الشريك لا يمكنه ان يشفع - عند ما يتعد
البيع - الا من المشتري الثاني ، فيجب الرجوع الى قواعد الفقه التي تعطي لهذا الشريك
حق الشفعة من اي مشتري .

ولو اراد المشرع المغربي ان يكون التصرف الذي يجريه المشتري في الحصة قبل استحقاق
الشريك لحقه في الشفعة سارياً في حق الشريك ومسقطاً لحقه في الشفعة من ذلك
المشتري . لنص على ذلك كما فعل كل من المشرع المصري والليبي والبناني والعراقي .
فقد نصت المادة 938 من القانون المدني المصري على ما يلي : اذا اشترى شخص
مينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل ان تعلن اية رغبة في الاخذ بالشفعة
او قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942 . فلا يجوز الاخذ بالشفعة الا من
المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . وهذه المادة وان كانت لا تتكلم الا على البيع
فانها تطبق على جميع التصرفات التي يجريها المشتري على الحصة ، سواء كانت بعوض او بغيره⁽¹⁾
وهو نفس نص المادة 942 من القانون المدني الليبي .

وقضت المادة 250 المعدلة بقانون 5 شباط 1948 من القانون اللبناني على ما يلي : اذا
نص المشرع على ان المشتري لا يجوز له ان يشفع لشخص
ثالث يقيده في السجل العقاري قبل تقديم دعوى الشفعة فلا يجوز الاخذ بالشفعة الا من
المشتري الثاني وبالشروط التي اشتراها .

وينص الفصل 1137 من القانون المدني العراقي على ما يلي : اذا اشترى احد عقارات تجوز
الشفعة فيه ، ثم باعها قبل ان يدعي الشفيع بالشفعة مسقطاً شفعته ، وتجددت له
شفعة على المشتري الثاني .

ولانحتاج الى القول بان المشتري اذا تصرف في الحصة التي اشتراها بعد قيام الشريك
باعائه برغبته في الشفعة ، فان ذلك التصرف يعتبر بمثابة التصرف في ملك الغير . فما
يصرف من ان الحصة تنتقل الى ملك الشفيع بمجرد قيامه باعلان المشتري برغبته في الشفعة
مع عرض الثمن عليه .⁽²⁾

(1) انظر الوسيط 779/9 وما بعدها .

(2) انظر صفحته : 354

ونكتفي بالاحالة على الاحكام التي ذكرناها فيما يتعلق بتصرف المشفوع منه في الحصة المستثناة عند الكلام على شفعة العقار غير المحفظ (1) . لان تلك الاحكام تطبق على المقار المحفظ .

النقطة الثانية : الملاقة في الشفعة تحصر بين الشفيع والمشتري .

عرفنا ان الفقه المالكي يقرر ان اجراءات الشفعة تباعض المشفوع منه ، ولا يكون البائع طرفا فيها . كما يقرر ان الشريك الشفيع يتلقى تلك الحصة المشفوعة من المشتري المشفوع منه ، وليس من المالك القديم . وهذا يعني انه لا علاقة بين الشفيع والشريك البائع . وانما تنحصر الملاقة في الشفعة بين الشفيع والمشفوع منه . وينبغي على ما ذكرنا من ان الملاقة في الشفعة تنحصر بين الشفيع والمشفوع منه ، ان المشفوع منه هو الذي يتحمل تجاه الشفيع بجميع الالتزامات التي يتحملها البائع تجاه المشتري . ومنها الالتزام بضمان الميب او الاستحقاق . بحيث اذا تبين له بعد الشفعة ان تلك الحصة مبيعة او استحققت للغير " كلا او بعضا " فانه يرجع على المشفوع منه بدرك الميب او الاستحقاق . ولا يرجع على المالك الاصلي . سواء كان ذلك الميب قديما او حدث عند المشتري المذكور .

ونرى ان هذا الحكم هو الذي يطبق على شفعة العقار المحفظ - بالرغم من سكوت الظهير المحدد للتشريع المطبق على المقارات المحفظة - لان الفصول التي تكلمت على الشفعة في هذا الظهير تنحصر الملاقة في الشفعة بين الشريك الشفيع والمشتري المشفوع منه . فنحن نرى الفصل 31 من هذا الظهير ينص على ان المشتري يمكنه ان يبلغ شراءه للشريك بعد تسجيله في الرسم العقاري ليكون الاجل الذي يحق للشريك ان يشفع خلاله - بثلاثة ايام فقط . كما ان الفصل 25 نفسه ينص على ان الشريك يؤدى للمشتري الثمن والصاريف قيمة ما ادخل على الحصة من تحسينات .

كما انه من المعروف ان دعوى المطالبة بالشفعة تقوم بين الشريك الراغب في الشفعة المشتري ، ولا يكون المالك القديم طرفا فيها .

ثم ان المالك الاصلي انما باع الحصة للمشتري ، ولم يبعها للشريك . كما ان الشريك الشفيع انما دفع الثمن والصاريف وقيمة التحسينات للمشتري المشفوع منه . ولم يدفع شيئا من ذلك للبائع . ومن المنطوق اذا ان يبقى هذا المشتري هو المتحمل بالضممان تجاه الشفيع . مع حفظ حق المشتري في الرجوع على البائع بما رجع به الشفيع عليه . ولا يمكن ان يرجع الشفيع على المالك الاصلي راسا لما ذكرنا من انه لا علاقة بينهما .

كما لا يمكنه ان يرجع على كل من البائع والمشتري في آن واحد . او على من يشاء منهما . لانه لا تعاضل بينهما ، ولذلك لم يبق له الا الحق في الرجوع على المشفوع منه الذي هو المشتري .

وإذا كان الشفيع في القانون المصري والليبي والبناني يرجع بضمان المبيع والاستحقاق على البائع وحده دون المشفوع منه . فان ذلك انما يثبت له بنص القانون الذي يصرح بان الشفيع يجب ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري . كما يصرح بان الشفيع يحل محل المشفوع منه في كافة حقوقه ، ومنها حقه في الرجوع على البائع بالضمان . كما انه نص على ان الشفيع يدفع الثمن للبائع اذا كان المشفوع منه لا زال لم يدفعه له . وقد استمدت قوانين هذه البلاد العربية هذا الحكم من الفقه المحنسي الذي يرى ان الشفيع ياخذ الحصة ممن يجدها بيده . بحيث اذا كانت ما تزال بيد البائع اخذها منه . ويكون هو الضامن ازاءه . واذا كانت قد انتقلت الى يد المشفوع منه اخذها منه . ويكون حينئذ هو الضامن ازاءه . وان كان القانون المصري قد نص على ان الشفيع يحل محل المشتري ، بحيث يعتبر كأن الشريك اشترى تلك الحصة من الشريك البائع واماً ، ويخرج المشتري من الصفقة كأنها لم تتم له أصلاً . ويبقى البيع قائماً منذ انعقد ولكن به يكون بيعاً للمشتري فيه هو الشفيع لا المشتري الأصلي ، وينتج البيع المذكور آثاره فيما بين البائع والمشتري ، فيكون للشفيع حقوق المشتري وعليه التزاماته (1) .

بخلاف القانون المغربي فانه حصر العلاقة في الشفعة بين الشفيع والمشفوع منه الذي هو المشتري . انه هو الذي ياخذ منه الحصة وله يدفع الثمن والمصروفات ولا يمكن ان يدفع ذلك الثمن للبائع ابداً . فلذلك لا يمكن القول - في ظل القانون المغربي بان الشفيع يحل محل المشتري في تلقي الحصة من البائع راساً . وانما يجب القول بان الحصة المشفوعة تنتقل من ملك المشتري المشفوع منه الى الشريك الشفيع ، كان المشتري باعها للشريك بنفس الثمن الذي اشترها به ، ولذلك لا تنشأ في الشفعة اية علاقة بين الشفيع والبائع ، وانما تبقى العلاقة محصورة بين الشفيع والمشفوع منه طبقاً لما يقره الفقه المالكي .

وليس في الفصل 25 ما يدل على ان الشفيع يحل محل المشتري وينزل منزلته لان التعبير الوارد في الفصل المذكور وهو قوله : " بدلاً من مشتريها " لا يعني ان الشفيع يحل محل المشتري ، لانه لا ياخذ الحصة من البائع . ولا يدفع الثمن للبائع ، وانما يدفعه للمشتري ولو كان هذا الاخير لا زال لم يدفعه للبائع .

المطلب الثاني : متى يملك الشفيع الحصة المشفوعة .

تمرضنا لهذا الموضوع عند الكلام على شفعة العقار غير المحفظ ، وذكرنا ان الملكية يرون ان الشفيع يملك الشقص المشفوع اما بصدور الحكم القاضي له بالشفعة ، واما بعرضه الثمن على المشتري ، واما باشهاده عدلين بحضور المشتري على اخذه للشفعة . ثم بينا انه نظراً الى انه في الغالب ما يثور نزاع جندي بين الشفيع والمشفوع منه حول استحقاق الشفيع للشفعة . وظالما ما يحتاج طالب الشفعة الى ان يدلي بحججه التي تطرح للمناقشة . وتبقى آثار الاخذ والرد ،

سواء فيما يتعلق بالشركة والشياخ ، او فيما يتعلق بانتقال الحصة الى المشفوع منه بعرض ، او فيما يتعلق بمقدار الثمن والصاري ، او فيما يتعلق بوقوع الطلب داخل الاجل المحدد له ، او غير ذلك . ولا يتبين انه مستحق للشفعة فعلا الا بصدور الحكم النهائي القاضي له بالشفعة . ولذلك قلنا ان الشريك لا يصبح مالكا للشخص المشفوع الا بعد صدور الحكم النهائي . الا اذا كانت موجبات الشفعة ثابتة ببينة يعترف بها المشتري نفسه ، فحينئذ يكون مجرد قيام الشريك بعرض الثمن على المشفوع منه كافيا في نقل ملكية الحصة اليه . وذلك كما هو الحال في العقار المحفظ الذي تكون فيه موجبات الشفعة ظاهرة بمجرد الاطلاع على الرسم العقاري . (1)

ونعود الى بحث هذا الموضوع بالنسبة للعقار المحفظ ، فنذكر آراء رجال القانون المصري في الموضوع ، ونناقش هذه الآراء لنرجع الراي الذي اخترناه .

والواقع انه طبقا لقواعد التسجيل فان الوقت الذي يصبح فيه الشريك الشفيع مالكا للحصة المشفوعة هو الوقت الذي يسجل فيه اسم الشريك في الرسم العقاري على انه مالك للحصة المشفوعة . وهذا لا يمكن ان يكون محل خلاف ، لان قانون التحفيظ ينص على ان الافعال الارادية والاتفاقات التي تتم بين الافراد حول العقارات المحفظة لا يكون لها اي اثر ولو بين طرفيها الا بعد تسجيلها في الرسم العقاري ، وابتداء من تاريخ التسجيل . (2) ولكن الوقت الذي يصبح فيه الشريك الذي له الحق في الشفعة مالكا للحصة المشفوعة ويعتبر اياه اكتسب ملكيتها ابتداء منه اثار نقاشا حادا بين رجال القانون في مصر . ووجد في هذا الصدد اربعة آراء .

- (1) ان الشريك يملك الحصة من تاريخ صدور البيع من الشريك للمشتري المشفوع منه ، لانه في ذلك التاريخ تمت للشريك اسباب الشفعة .
- (2) ان الشفيع يملك الحصة من تاريخ اعلان رغبته في الشفعة وعرضه الثمن على المشتري .
- (3) ان الشفيع يملك الحصة من تاريخ رفع دعوى الشفعة .
- (4) ان الشريك لا يملك الحصة المشفوعة الا من يوم صدور الحكم النهائي القاضي باستحقاقه للشفعة .

وقد سار الاستاذ السنيهوري على الراي الاول ، واكد ان الشفيع يملك الشيء المشفوع من يوم شراء المشفوع منه لذلك الشيء ، لانه في ذلك اليوم توفرت اسباب الشفعة للشفيع ، ولذلك يمكن القول بان الشفيع يحل محل المشتري في تلك العقار المشفوع منذ شراء المشفوع منه ، لا من تاريخ الحكم فقط . وهذا يعني ان الحكم بالشفعة لا يكون له الا اثر كاشف ، اي انه يكشف ان الشفيع كان مالكا للعقار المشفوع منذ ان توفرت له اسباب الشفعة . (3)

(2) الفصل 67 من ظهير 9 رمضان 1331 .

(1) انظر صفحة : 244

(3) الوسيط ط 703/9 .

ولكن هذا الرأي محل نظر . لانه يتعارض مع ما يلي :

(1) ما قرره الدكتور السنهوري نفسه من ان الفقهاء المسلمين يرون ان الشفيع لا يكون له - عند شراء المشفوع منه للمشفوع فيه - وقبل اعلان رغبته في الشفعة - الا مجرد الحق في التملك . ثم بعد ان نقل عن القرافي قوله : المسألة الرابعة في الشفعة ، اذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بان يتملك الشقص البيع بالشفعة ، ولم ار خلافا في انه غير مالك (1) . قام بتحليل هذا القول بان الشفعة غزلة وسطى بين رخصة التملك ، وحق الملك ، فهي دون الملك وفوق الرخصة (2) . كما انه قرر ان الشفعة سبب من اسباب كسب الملكية ، وقال في هذا الصدد : فالملكية متحدقة عيني تكتسب بالاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والحيازة والشفعة (3) . ولا شك في انه لا يمكن القول ببناء على هذا ان الشفيع ملك قبل ان يمارس حقه في الشفعة . ما دنا نقول بانه انما يملك قبل هذه الممارسة الرخصة في ان يملك . كما انه لا يمكن القول بان الشفيع يملك قبل ممارسته للشفعة ، ما دنا نصرح بان الشفعة سبب من اسباب الملكية كالمقصد والارث . لانه ليس هناك من يقول بان المتعاقد في عقد شراء يعتبر مالكا للحق الذي اشتراه قبل قيامه بالتعاقد ، كما لا يمكن القول ايضا بان الوارث يعتبر مالكا قبل حصول الموت . ويتضح من هذا كله ان حق الشفعة يمر في ثلاثة مراحل .

المرحلة الاولى : قبل قيام الشريك ببيع حصته . وحينئذ يكون الشريك مالكا لان يملك تلك الحصة اذا باعها شريكه . وهذه المرحلة هي التي يعبر عنها بمن ملك ان يملك .

المرحلة الثانية : عند قيام شريكه ببيع حصته فعلا . وهنا يصبح الشريك مالكا لحق المطالبة بالتملك عن طريق استعماله للشفعة .

المرحلة الثالثة : عندما يقوم فعلا بممارسة حق الشفعة ، وذلك باعلان رغبته للمشفوع منه وعرضه الثمن عليه . وحينئذ يصبح مالكا حقيقة . وهذا هو نفس ما صرح به الاستاذ السنهوري حينما قال ما نصه : فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك الا بقيام مركز قانوني معين تنهيا أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون له في حق الملك بل الحق في ان يتملك . فاذا اعلن ارادته في الاخذ بالشفعة ، وهذه ارادة مفردة ، اي تصرف قانوني صادر من جانب واحد تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من اسباب كسب الملكية ، فيتملك الشفيع المقار المشفوع منه ، ويحول حقه في ان يتملك هذا المقار الى حقه في ملكيته (4) .

(1) الوسيط ط 450/9 .

(2) الوسيط ط 451/9 هامش .

(3) الوسيط ط 447/9 .

(4) الوسيط ط 451/9 .

(2) ان المشتري يملك ثمار المشفوع من تاريخ تمام عقد شرائه له ، الى ان تنتقل ملكيته للشفيع . ولا يملك الشفيع شيئا من هذه الثمار في تلك الفترة . بحيث لا يمكنه ان يطالب المشتري بان يرد له الثمار التي اخذها قبل ان تنتقل اليه ملكية المقار المشفوع . وهذه القاعدة محل اتفاق بين رجال الفقه الاسلامي ورجال القانون . ويقررها الاستاذ السهموي بقوله : واستحقاق المشتري وقد حل محله الشفيع للثمرات والنماء ، لا يرجع الى ان هذه تعتبر من ملحقات المبيع ، فتسلم اليه مع المبيع ، بل يرجع الى ان المشتري قد اصبح مالكا للمبيع ، وما تباركه مالكا يملك ثمر ملكه ونماءه ، ويكون عليه تكاليفه . ويترتب على ذلك ان الشفيع بعد ان حل محل المشتري لا يخلط ثمار المقار المشفوع فيه الا من وقت ان تنتقل اليه ملكية هذا المقار ، وذلك سواء كان المقار لا يزال في يد البائع وهو الذي يستولي على ثماره . او سلم للمشتري فاصبح هو الذي يقبض ثماره (1) .

الا ان الاستاذ السهموي تمسحا منه مع رايه الذي يسير عليه من ان الشفيع يحل محل المشتري ابتداء من تاريخ تمام البيع . يرى ان المقار اذا كان ما يزال بيد البائع وكان هو الذي استولى على ثمار ذلك المقار ، فان الشفيع هو الذي يستحق تلك الثمار ، وله ان يرجع على البائع بها (2) اما اذا كان المقار قد انتقل الى المشتري المشفوع منه ، وكان هو الذي استولى على تلك الثمار ، فان الشفيع لا يستحق الثمار الا من تاريخ قيامه باعلان المشفوع منه برغبته في الشفعة . وذلك على اعتبار ان المشفوع منه يعتبر قبيل هذا الاعلان حائزا حسن النية ، ومعلوم ان الحائز عن حسن نية يملك الثمار . اما بعد الاعلان المذكور فانه يعتبر حائزا سيئ النية ، والقاعدة تقضي بان الحائز سيئ النية يكون مسؤولا عن الثمار التي جناها فعلا والتي يمكن ان يجنيها (3) .

ونرى ان هذه التفرقة لا تعتمد على اساس ، لما نعلم من ان البيع يتم بمجرد التراضي ، وبذلك تنتقل الملكية الى المشتري ، فيصبح مالكا لما اشتراه ولثماره ، وحتى اذا بقي الشيء المبيع في يد البائع ، فان ذلك لا يعمد وأن يكون مجرد وضع اليد ، ولا اثر لذلك على حقوق المشتري .

كما ان اعتبار المشتري الذي تسلم المقار الذي اشتراه مجرد حائز ، ولو قبل عن الشفيع عن رغبته في الشفعة ، يتناقض مع ما هو مقرر من ان المشتري مالكا ملكية تامة لما اشتراه لا مجرد حائز له . ومن المعلوم ان هناك فرقا بين الحائز والصالح . ولا يمكن اعتبار المشتري قبل اعلان الشريك عن رغبته في الشفعة مجرد حائز حسن النية ، لان الحائز حسن النية هو الذي يحوز الحق بمقتضى سند مجهل عيوبه .

(1) الوسيط ط 757/9 .

(2) نفس المراجع والصفحة .

(3) الوسيط ط 773/9 .

ولا في ان المشتري ليس من هذا القبيل ، لان عقد شرائه يتوفر على جميع الشروط الاركان ،
 وبه اي عيب . وكل ما في الامر ان الشريك (او الجار) يكون له الحق في ان ياخذ
 من الشفعة اذا مارس حق الشفعة . فهو بذلك ليس مجبر حائز ، وانما هو
 ملكة تامة .

بهكذا يتبين لنا ان القول بان الشفيع يملك الحصة المشفوعة من يوم شراء المشتري
 بالتالف القاعدة المقررة في الفقه والقانون ، من ان المشتري يملك تلك الحصة ملكية
 تامة يشترها ، ولا يكون مجبر حائز لها . كما انه مخالف لما هو مقرّر
 من ان الشفعة مجرد رخصة تعطى للشريك الحق في ان يملك الحصة التي باعها شريكه
 ولا تصح سببا من اسباب الملكية الا باستكمال الشريك لها .

بما نعلم ان قوانين التحفيظ تقضي ان الحقوق المسجلة في الرسم
 انطبقت في الحقوق الوحيدة المعترف بها ، والتي يمكن الاحتجاج بها تجاه الغير .
 كما نعلم ان الرسم المقاربية في تناول الجميع ، وفي امكان كل واحد ان يطلع
 عليه ، يعرف وضعية كل عقار او حق عيني يريد التعامل بشأنه . ويتعرف على ما اذا كان
 ملكية مخرزة او شائعة ، ومن هم الشركاء فيه ، وغير ذلك . فان ذلك يجعلنا نقول
 بان المشتري الذي يشتري حصة من عقار محفظ ، يكون عارفا (او على الاقل يفترض فيه ان يكون عارفا)
 للشركاء معه ، فاذا تقدم اليه هؤلاء الشركاء او بعضهم باعلان رغبتهم في شفعة ما اشتراه
 عرضا عليه الثمن والمصاريف . فبذلك تكون عناصر كسب الملكية قد اكتملت لهم ، وهي :
 ثبت شركتهم في الحق المشاع ، وثبت شراء المشتري لحصة شريكهم ، وقياهم باعلان المشتري
 رغبتهم في الشفعة وعرضهم الثمن عليه . ولم يبق للمشتري الا ان يعترف بانتقال ملكية
 الحصة الى الشفيع (واحدا او اكثر) وان يسلمها له . فان لم يفعل ، واضطر هؤلاء الشركاء
 الى رفع الدعوى لانتزاع الحصة من يده ، فانه يكون بذلك مجبر مستول (حائز سيء النية) والحكم
 في صدر بعد ذلك باستحقاق هؤلاء الشركاء للشفعة لا يزيد عن كونهم حقيقيين
 بغيره . وبين ان هؤلاء الشركاء كانوا ملاكين لتلك الحصة المشفوعة من يوم قيامهم
 بعلن المشتري برغبتهم في الشفعة وعرضهم الثمن عليه .

وهذا يخالف ما عليه الامر في العقار غير المحفظ ، حيث ان المشتري يكون في
 التلب مذورا في انكار حق الشفيع في الشفعة ، لان شركته لا تكون تابثة بشكل جلي ،
 كما هو الشأن بالنسبة للعقار المحفظ ، ويحتاج في الحكم الى اثبات موجباتها بوسائل قوية
 تحت المحكمة ، ويستفد المشفوع منه جميع وسائل الطعن فيها . وحينئذ يحكم له
 بشفعة .

ولهذا قلنا اننا نرجح ان يكون تاريخ الحكم النهائي باستحقاق الشفيع للشفعة
 هو التاريخ الذي تنتقل فيه ملكية الحصة المشفوعة من المشفوع منه الى الشفيع بالنسبة

للمقار المحفظ (1). ويترتب على ذلك أن هذا الشفيع لا يحق له أن يرجع على الشفيع بالثمار التي اخذها من الحصة المشفوعة قبل هذا الحكم ، لأنه كان خدلاً مدة ~~الشفيع~~ يجهل حق الشفيع في شفعة تلك الحصة ، وهذا ما يحملنا على أن نطبق قاعدة التمسك بحسن النية . وذلك باستثناء الحالة التي تكون موجبات الشفعة ثابتة بينة ~~بها~~ المشفوع منه نفسه ، فحينئذ تنتقل ملكية الحصة إلى الشفيع بمجرد قيام ~~الشفيع~~ الشفيع برغبته في الشفعة وعرض الثمن عليه ، كما هو الشأن بالنسبة للمقار المحفظ .

~~يتم~~ القفل في تحديد تاريخ انتقال ملكية الحصة المشفوعة إلى الشفيع ، أن ~~الشفيع~~ ~~الشفيع~~ ملكة تامة لهذه الحصة من يوم شرائه لها ، ولذلك يملك ~~الشفيع~~ ~~الشفيع~~ الانتفاع بها .

ثانياً يقوم الشريك بإعلان هذا المشتري برغبته في الشفعة ويعرض الثمن والصاريف عليه . ~~حينئذ~~ ملكية هذه الحصة إلى هذا الشريك ابتداءً من تاريخ الاعلان المذكور ، ~~في~~ ~~الشفيع~~ ~~الشفيع~~ جزءاً من عقار محفظه أو كان حق الشريك في الشفعة ظاهراً ثابتاً بينة ~~بها~~ المشفوع منه نفسه ، ويترتب على ذلك أن الشفيع يصبح مالِكاً للثمار ~~التي~~ من نفس ذلك التاريخ ، وإذا استمر المشتري على التمسك بالحصة واضطرر الشريك ~~في~~ اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه ، فإن هذا المشتري يعتبر حينئذ مجرد حائزٍ ~~في~~ النية ، ويكون مسؤولاً عن الثمار التي جناها فعلاً ، والتي كان يمكن أن يجنيها ابتداءً من تاريخ قيام إعلان الشريك برغبته في الشفعة ، ويكون الحكم الذي يصدر باستحقاق هذا الشريك للشفعة مجرد كاشف لحقه الذي ثبت له عند استعماله لحقوقه في الشفعة .

أما إذا كان المقار غير محفظه وكان حق الشفيع في الشفعة ليس ظاهراً ، أو كانت طاعة المشتري لحق الشفيع في الشفعة مازعة جديدة ، فإن مجرد قيام الشفيع بإعلان المشتري برغبته في الشفعة وعرض الثمن عليه ، لا ينتقل ملكية تلك الحصة إلى هذا الشريك ، وإنما تنتقل هذه الملكية ~~إلى~~ ~~إلى~~ .

الباب الثاني

الشفعة في المنقول

قلنا اننا نسير على ان الفصول المخصصة للشفعة في ظهير الالتزامات والمعقود تطبق على شفعة المنقولات. ولا تطبق على الشفعة في العقار سواء كان محظا او غير محظ. لما سبق ان عرفنا ان المقارنات غير المحفوظة تخضع لاحكام الفقه الاسلامي، والمقارنات المحفوظة تخضع للظهير المنظم للقواعد المطبقة على المقارنات المحفوظة. (1) ونظرا لما بين بعض القواعد المنصوص عليها في التشريعين من التنازع، وما ان القانون العقاري هو القانون الواجب التطبيق على المقارنات المحفوظة، فان النطق بقضي بان، نبحث عن مجال لتطبيق النصوص المتعلقة بالشفعة والطريقة في ظهير الالتزامات والمعقود، لما هو معروف من ان اعمال النص خير من اطلاله. وهذا المجال هو المنقولات. لما ذكرنا من ان ظهير الالتزامات والمعقود يطبق في المعاملات المدنية المنصبة على الحقوق المنقولة. ولان الظروف الحالية جعلت لبعض المنقولات اهمية اقتصادية لا تدخر على اهمية كثير من العقارات. ولذلك نرى ان المصلحة تقتضي ان نقول بثبوت الشفعة جنس فني المنقولات المشتركة. خصوصا وان هناك من المذاهب الاسلامية من كانت تميز على ثبوت الشفعة في المنقولات والعقارات. ثم اننا نكون بذلك قد سايرنا اهم القوانين العربية التي ثبتت حق الشفعة في المنقول المشترك، وان كانت تسمي هذا الحق بالاسترداد. كما ذكرنا سابقا (2).

وقد سبق ان ذكرنا ان الفقه المالكي لا يعرف الشفعة في المنقول ولا يقول بها. الا بالنسبة للثمار المملوكة على الشياع سواء بيعت مع العقار المشترك، او بيعت وحدها. (3) ولذلك لم ينظم القواعد التي تطبق على شفعة المنقول. وما ان الشرع نص على بعض القواعد التي تطبق على الشفعة في المنقولات، وهي المذكورة في الفصول الاربعة الواردة في ظهير الالتزامات والمعقود، فاننا نرى ان هذه القواعد هي التي تطبق على هذا النوع من الشفعة مع الرجوع الى قواعد الفقه على المذهب المالكي المصوطة في القسم الاول في كل ما لا يتعارض مع هذه النصوص مما لم يرد فيها، لما عرفنا ان احكام الشفعة مستمدة من هذا الفقه.

ونقسم الكلام في هذا الموضوع الى فصلين. نتكلم في اولهما على اركان الشفعة. وفي الثاني على احكام الشفعة واجراءاتها.

(1) انظر صفحة : 249 وما بعدها.

(2) انظر صفحة : 258.

(3) انظر صفحة : 74 وما بعدها.

الفصل الاول

اركان الشفعة

اركان الشفعة في المقول هي نفس اركان الشفعة في المقار. وقد عرفنا ان تلك الاركان هي : (1) الشفعة . (2) المشفوع . (3) المشفوع منه . (4) المشفوع به . ونخصص لكل ركن من هذه الاركان بحثا خاصا .

المبحث الاول

الشفعة

تنص الفصول الثلاثة المخصصة للشفعة في ظهير الالتزامات والتعهد على ان الشفعة تثبت للشريك على الشيع ، ومن ذلك ما ورد في الفصل 974 الذي ورد فيه ما يلي : اذا باع احد المالكين على الشيع لاجنبي حصته الشائعة ، جاز لباقيهم ان يقتصوا هذه الحصة . ولكل من المالكين على الشيع ان يشفع بنسبة حصته . وفي الفصل 976 يسقط حق المالكين على الشيع في الاخذ بالشفعة . وهذا يعني ان الذي يتحقق الشفعة هو الشريك على الشيع في المال الذي يبيع فيه احد الشركاء نصيبه منه . وقد عرفنا المقصود بالشريك على الشيع ، وذكرنا ان كل شريك على الشيع يستحق الشفعة ، سواء كان مسلما او غير مسلم ، وسواء كان شخصا طبيعيا او متوقفا . وسواء كان رشيدا او قاصرا له ولي (1) . وقد سبق ان عرفنا ان الملك على الشيع تارة يكون بين شخصين وتارة يكون بين اكثر من شخص . فاذا كان بين اثنين ثم باع احدهما نصيبه لاجنبي فان شريكه الآخر يستحق الشفعة .

أ - فان طلب شفعة جميع النصيب الذي انتقل الى المشفوع منه بمجازفة فانه يمكن من ذلك سواء كان نصيبه في ذلك المال المشاع اكثر من نصيب المشفوع او اقل ، ولا يحق للمشفوع منه ان يلزمه بان يشفع على قدر نصيبه ، ويترك له الباقي . لان الشفعة شرعت لرفع ما يلحق الشريك من ضرر من دخول شريك جديد عليه . وهذا الضرر يتحقق مهما كان نصيب الداخل ضئيلا . لانه قد لا يتلائم معه ولا يتطاهمان على طريقة الانتفاع بالملك المشاع .

وقد نص الفصل 974 على ما يلي : اذا باع احد المالكين على الشيع لاجنبي حصته الشائعة جاز لباقيهم ان يشفعوا هذه الحصة لانفسهم . وهذا يعني ان من حق بقية المالكين اذا تعدوا ان يشفعوا جميع الحصة المبيعة . ويفهم منه ان الباقي اذا كان واحدا فان من حقه ان يشفع جميع تلك الحصة . ولا يحق للمشفوع منه ان يعترض على ذلك (1) انظر صفحة : 54 وما بعدها .

ب - وان طالب الشفعة في قدر نصيبه كما لو فرضنا ان شخصين يملكان مالا مشاعا بنسبة الربع لاحدهما والثلث للثاني . فيباع هذا الثاني نصيبه . ثم قام الشريك الاول يطالب الشفعة على قدر نصيبه ، اي طلب الشفعة ثلث ما باعه شريكه ، لانه هو المالك لنصيبه . فان قبل المفعول منه تمكيده من ذلك فذاك . وان ابي ودفع بـ ١٠٠٠ على هذا الشريك ان يرفع الكسب بترك الكل ، وانه لا يقبل ان تيمض عليه الصفقة . لان غرضه يتلذذ بكل ما انتقل اليه . فيجب على الشفيع ان يشفع الكل . والا سقط حقه في الشفعة .

ولا يجبر طلبه للشفعة على قدر نصيبه تنازلا منه عن حقه في شفعة الباقي ، لانه لا يوجد حريصه بنفسه . وان من حقه ان يقول انني اقبل هذا الشريك الاجنبي ليكون شركا معي على ما كان يمكنني من الشفعة على قدر نصيبي . واذا لم يقبل ذلك فادعى به انا ايضا .

(2) اذا تعدد الشركاء . كما لو فرضنا ان اربعة اشخاص يملكون مالا على وجه الشركة الثلاثة منهم باع واحدهم نصيبه فان الشركاء الباقين يستحقون الشفعة .

أ - قال ابو حنيفة : ان ذلك النصيب يوزع عليهم على قدر نصيب كل واحد منهم . على حسب ما هذا في القسم (1) .

ولا مجال هنا لتأخير الطوية المشار اليها سابقا ، لان هذه الفصول لا تشير الى انه يراعى ترتيب الشركاء . بل انما نجد الفصل 974 . يذكر ما يلي : جاز لبائعيهم ان يشتروا هذه الحصة لانفسهم . من غير تفصيل بين شريك خاص او عام . بسبب ان الفصل المذكور يصرح في احدى الفقرات الثانية منه بان الشركاء جميعا متساوون في هذا الحق وذلك بقوله : " ولكل من المالكين على الشياع ان يشفع بنسبة حصته " مما يعني انه ليرحمك عليك قدم على غيري استحقاق الشفعة .

يبدا وان طلب احد الشركاء الباقين او بعضهم فقط الشفعة ، وامتنع الباقي من استعمال هذا الحق فاحاطة به حيث صرح بما يفيد انه لا يريد الشفعة او ان التمس الذي بيع به ذلك النصيب مرتفع جدا لا يقبل الشفعة على اساسه . او انه لا غرض له في ذلك النصيب ، او غير ذلك مما يدل على امتناعه عن الشفعة واعراضه عنها . فان على الشريك الذي يطلب الشفعة ان يشفع جميع ذلك النصيب ولا يحسب له ان يزعم الشفيع انه على حكمة ما الشفعة على قدر نصيبه . كما يجب على البعض الذي طالب الشفعة ان يوزع النصيب المشفوع بينهم على قدر نصيب كل واحد منهم . ولا يحق لاحدهم ان يتأخر وحده بحصة نصيب من امتنع من الشفعة . كما لا يحق لـ ١٠٠٠ من المتع من الماشقة مع الاخرى في شفعة نصيب من امتنع من الشفعة وهذا ما يفهم من نص الفصل 974 الذي ورد فيه : ولكل من المالكين على الشياع ان يشفع بنسبة حصته فاذا امتنع غيره من الأخذ بالزمه ان يشفع الكل . ولا نحتاج الى اعادة ما قلناه من ان توزيع

الحصة الشفوعة بين الشركاء على قدر نصيب كل واحد منهم يعتبر حقا لكل شريك
وواجبا عليه . بمعنى انه اذا سأل أحد الشركاء الشفوعة على قدر نصيبه ، وكان
من ذلك . سأل اراد ذلك باقي شركاء او لم يريدوا . واذا طلب أحد الشركاء
تكميله من الشفوعة على قدر نصيبه ، عندما تخلص باقي الشركاء عن الشفوعة وامتنع
الشفيع عنه من ذلك ، ونهين على الشفيع ان يشفع الكل او يترك الكل . وجب
على الشفيع ذلك .

جـ وان طلب أحد الشركاء من الشفوعة وكان الباقي غائبا ، او ناقصا وليس
له تأثير في " مهل " او كسب على بيع شريكه لنصيبه ، او كان قد منعه مانع
شرعي من طلب الشفوعة . مهل هذا الشفيع من الشفوعة على قدر نصيبه فقط ، او يلزم
بشفوعة جميع الحصة ، ما حجب شركاء الآخرين عندما يطلبون الشفوعة ؟ للجواب على
هذه الأسئلة نرجع الى انه يجب من طلب الشفوعة ان يشفع جميع الحصة التي
احتلت في الشفيع . ولما لم يحرم هذا الشفيع منه على ان يمكنه من الشفوعة على
نصيبه . وان يحفظ باقي تلك الحصة الى ان يحضر الغائب او يرشد القاصر ويمكنه
من شفوعة ذلك الباقي فانما يكون نصيبه من ان يمنع من الاستجابة لهذا الطلب .
فلا يبقى لذلك الشريك حصة الا ان يشفع كل الحصة او ان يتنازل عن الشفوعة . لانه
ليس من العدل ان يرغم الشفيع على ان يحتفظ ببعض الحصة فقط ، لانه غالبا
ما يكون راجعا في كل الحصة التي يحضرها . ولذلك يكون من حقه ان يلزم الشفيع
بشفوعة كل الحصة لاجلها .

فان شفع هذا الشريك كل الحصة . ثم حضر الشريك الغائب او صار الشريك القاصر
رشيدا او عين له ولي بنوبته وطلب الشفوعة . فان على ذلك الشريك الذي شفع اولا
كل الحصة ان يقسمها معه على قدر نصيب كل واحد منهما في المال المشاع . ثم
اذا طلب شريك آخر الشفوعة فان على الشريكين المذكورين ان يقسما معه الحصة
الشفوعة على قدر نصيب كل واحد منهما في المال الشائع ، بحيث يمكن كل واحد
منهما ما زاد على ما يداي نصيبه . وهكذا .

وقد سبق ان ذكرنا ان هذا هو الحكم الذي يطبق في الفقه على الشفوعة فسي
المقارء (1) وهو نفس الحكم الذي يطبق في ظل ظهير الالتزامات والعقود ولم ينص
عليه صراحة . لان الظهير استند احكام الشفوعة الى الفقه الاسلامي . ولذلك يجب
الرجوع اليه بصدور البحث عن كمال ما لم ينص عليه الظهير المذكور . خصوصا وأنه ليس
في هذا الظهير ما يخالف الحكم المشار اليه . بل على العكس من ذلك نجد هذه
النصوص توحى بتأبيد ذلك الحكم .

فقد رأينا ان الفصل 374 ينص على ان لكل شريك ان يشفع بنسبة حصته واذا امتنع البعث

البعض من الشفوعة لمن الباقي ان يشفع الكل .

كما انه يفهم من الفصل 976 الذي يتكلم على احدى الشفعة ان هذا الاجل قد
يمتد الى اكثر من سنة. وذلك بالنسبة لمن يعلم ببيع شريكه حصته. او عاقبه
عائق عن الشفعة. او كان قاصرا ولا ولي له.
ولا شك في انه لا يمكن التوفيق بين هذين النصين الا بتطبيق الحكم المذكور
في الحالة التي يطلب فيها بيع الشركة الشفعة ويكون المشتري قد غام به مانع يمنعه
من الشفعة. اذ لا يمكن ارقام الخسوع به على اذن من يطلب الشفعة بتكليفه من الشفعة
على قدر نصيبه. كما لا يمكن اطلاق بان حق الشريك في بيعه مانع من الشفعة يسقط
فيما اذا طلبه غيره. ولا يمكن تطبيق الحالة ارقام الشريك في طلب الشفعة على الانتظار
الى ان يتقدم باقي الشركاء بطلب الشفعة. وذلك لم يرد في تطبيق الحكم المذكور.

اصبحت وخصوصا في العصر الحاضر مهمة للغاية ولها قيمة كبيرة فاذا كانت الحصة على الشياح وباع احد الشركاء فبها حصته منها فان اعطاه اذ ريت الاخر حق حصة يحقق كثيرا من المصالح ، منها انه يرفع سعر الشركة وينج من دخل سويت جديدا في الشركاء عندما لا يريد هو لاء الشركاء ذلك ويرون ان صلتهم تنقص ان لا يدخل بينهم غريب عنهم يتطلع على اسرارهم او يفرقل استفادتهم لذلك المال اختروا .
وقد عرفنا ان بعض المذاهب الاسلامية ترى ان السفحة تجب في كل شيء مما عندا الموزونات والمكبرات . ولهذا يمكننا اذا رجعنا في عم حقد امور الواردة في سير الالتزامات والعقود للشفعة ان نسير على هذا الرأي .

وبذلك نوفق بين هذين النوعين من الاحكام ، ضاير اغلب القوانين المهمة المعاصرة التي تتكلم في الملكية الشائعة على شفحة المثل - وتكلم في اجاب كسب الملكية على شفحة المقار .

وعلى هذا فستكلم على المشفوع من خلال ظهير الالتزامات والعقود ، ونسبي هذا المشفوع بالحصة الشائعة . وان كنا نفضل ان يراى بها حصة الثلثة في المثل فقط . والشيء المشفوع هو ما يلبي :

(1) الحصة الشائعة التي انتقلت الى مالك جديد عن طريق البيع او الملوحة . وهي التي نص عليها الفصل 794 بقوله : اذا باع احد المالكين على الشياح لاجبي حصته الشائعة جاز لباقيهم ان يشفعوا هذه الحصة بانفسهم .
ومنا على هذا فلو فرضنا ان شخصين او اكثر كانا يملكان مالا خلا بينهما قسم باع احدهما نصيبه لشخص آخر فان لشريكه ان يشفع تلك الحصة .

اما لو كانا قد اقتسما ذلك المال قبل قيام احدهما بالبيع ، وخرجا بذلك من الشركة ، فانه لا يحق لاحد ان يطلب الشفعة لانه لم يسبق شيكا بعد القسمة .
(2) نوابع الحصة المشاعة سواء بيعت مع الحصة الشائعة او بيعت هذه الحصة وحدها دون الحصة نفسها . وهذا ما نص عليه الفصل 975 بقوله :

لا تكون الشفعة فقط في الحصة المبيعة من المالك على الشياح ، ولكنها قد ايضا بقوة القانون الى ما يدخل في هذه الحصة باعتباره من نوابعها . وجوز ان تكون الشفعة في نوابع الحصة المشاعة وحدها اذا بيعت مستقلة عنها .

ويقصد بالنوابع الاشياء التي تعد من ذلك المال الشائع وان كانت منفصلة عنه . فلم فرضنا ان شخصين او اكثر يملكان سفينة على وجه الشياح ، فان النوابع التي تكون فيها لازمة لاصلاحها وتسييرها وكذلك الاثاث الذي يوجد في مكاتبها ومبوتها ونايرها ومطبخها من اوان وكراسي ومقاعد وفراش وغير ذلك ، يعتبر كله من نوابع تلك السفينة .

ولو فرضنا ان شخصين يملكان حليا على وجه الشياح بينهما . وكان ذلك الحلي يوضع عادة في صندوق ملوك لهما ايضا ، فان ذلك الصندوق يعتبر من نوابع الحلي . وهكذا .

ولهذا فإذا باع أحد المالكين حصته في السفينة بما فيها من التوابع . فإن شركاء الآخرين أن يشفعوا جميع ما اتصل عليه عقد البيع من الحصة التي في السفينة نفسها ومن توابع تلك الحصة ، أي نصيبها مما تجهزت به السفينة .

وإذا استعمل الشريك حق الشفعة في الحصة المشاعة نفسها ، فإن ذلك يعتبر استعمالاً منه للشفعة في تلك التوابع أيضاً . ولو لم يقع تعرضه لذلك ، ولا يجوز للمشفوع منه أن يمنع من تكوين الشفع من شفعة الحصة فقط ، كما لا يحق للشريك أن يطلب من المشفوع منه تمكينه من الشفعة في الحصة وحدها دون التوابع ، أو من شفعة تلك التوابع دون الحصة نفسها ، لأن الفصل 975 المذكور ينص على أن توابع الحصة تدخل بقوة القانون مع الحصة نفسها " لأنكون الشفعة فقط في الحصة المبيعة من المالك على الشياخ ، ولكنها تمتد أيضاً بقوة القانون إلى ما يدخل في هذه الحصة باعتبارها بمن توابعها . "

وهذا يعني أن على الشريك أن يشفع الحصة بتوابعها ولا شفعة له لما في شفعة الحصة دون التوابع أو التوابع دون الحصة من تجزئة عقد و رغم اشتراط على أن يحتفظ بشيء قد لا يريده . كما أن ذلك يؤدي إلى عدم تحقيق الصلحة التي نعتت الصلحة من أجلها ، وهي منع الشريك الجديد من الدخول في الشركة . إذا اشترى إذا احتفظ بالحصة المشاعة أو بتوابعها فسيبقى في الشركة . فلا فائدة حيث أن ينزع منه التوابع دون الحصة أو الحصة دون التوابع .

وإذا باع أحد الشركاء نصيبه في توابع حصته دون حصته نفسها ، فإن للشريك الباقي أن يشفع ذلك النصيب من التوابع . وتبقى الحصة ملوكة لأحدهما . فلو فرضنا أن أحد الشركاء في سفينة (1) باع لاجنبي نصيبه من تجهيزاتها (قبل قسمتها) على أنه شائع فإن للشركاء أن يشفعوا ذلك النصيب من يده المشتري .

وهذا يتبين لنا أن المشفوع الذي يطبق عليه ظهير الالتزامات والعقود هو الحصة في المنقول المملوك على الشياخ . سواء كان عبارة عن جزء من تركة أو من جميع من المال كمنجر ، أو مجرد منقول مملوك لأكثر من واحد . أما الحصة في العقار المترك فلا تطبق عليها أحكام هذا القانون . وإنما تطبق عليها أحكام القية الاسلامي إذا كان العقار غير محفوظ ، أو القانون العقاري إذا كان العقار محفوظاً . وينتهي على هذا أنه لو باع شخص نصيبه في تركة وكانت هذه التركة تحتوي على منقولات وعلى عقارات ، بعضها محفوظ وبعضها غير محفوظ . وأراد بقية الورثة استعمال حصة الشفعة ، فإن المنقولات تخضع في شفعتها لظهير الالتزامات والعقود . والعقارات المحفوظة للظهير العقاري ، والعقارات غير المحفوظة لقواعد القية الاسلامي .

(1) يمكن أن نتصور أن يبيع الشريك حصته الشائعة في توابع الحصة دون أن يبيع حصته نفسها وذلك متى أن تكون سفينة (أو سيارة أو طائرة) ملوكة على الشياخ لشخصين أو أكثر ويتفق الشركاء على تجديد تجهيزاتها ولذلك يجمعون التجهيزات الموجودة بقصد بيعها فيقوم أحدهم ببيع نصيبه منها لاجنبي

وهذا يختلف القانون المصري عن كل من القانونين الفرنسي والمصري . حيث ان الاول نص على ان الاسترداد لا يثبت الا في الحصة من التركة بما فيها من العقار والمنقول . بينما المشرع المصري يخضع المنقولات لاحكام الاسترداد المنصوصة في الفصل 833 . والعقار لاحكام الشفعة الواردة في الفصول 935 وما بعده .

المبحث الثالث

المشروع منه

المشروع منه هو الذي تستعمل الشفعة ضده .
وقد حدد الفصل 974 هذا المشروع منه بقوله : " اذا باع احد المالكين على الشياخ لاجنبي حصته الشائعة ، جاز لباقيهم ان يشفعوا هذه الحصة لانفسهم " .
نفس الحكم في حالة المعاوضة .
ويتبين من هذا النص ان المشروع منه هو الشخص الاجنبي الذي تنتقل اليه الحصة المشاعة عن طريق البيع او المعاوضة . وهذا يعني انه يجب ان يتوفر في المشروع منه شرطان .

(1) ان يكون اجنبيا غير شريك .

(2) ان تكون الحصة قد انتقلت اليه عن طريق البيع او المعاوضة .

اولا - ان يكون اجنبيا غير شريك .

عرفنا ان الشفعة في الفقه الاسلامي تثبت ضد كل من انتقلت اليه الحصة المشاعة بمحض سواء كان شريكا في ذلك العقار قبل ذلك او لم يكن شريكا ، بان كان اجنبيا عن الشركاء . وقد سار المشرع المصري على هذه القاعدة فيما يخص العقار المحفوظ " كما رايضا سابقا " (1) .
لكنه في ظهير الالتزامات والعقود اختار ان يخالف هذه القاعدة وان ينص على ان الشفعة لا تستعمل الا ضد الاجنبي . بحيث اذا انتقلت الحصة المشاعة الى احد الشركاء فان الباقيين لا يحق لهم ان يشفعوا من يده تلك الحصة . واذا انتقلت الحصة الى شخص آخر لم يكن شريكا قبل ذلك ، فان لباقي الشركاء ان يشفعوا تلك الحصة من يده هذا الشخص الاجنبي .

فلو فرضنا ان ثلاثة اشخاص يملكون مالا على الشياخ ، ثم باع احدهم نصيبه لاحد الشريكين الاخرين . فان الشريك الباقي لا يستحق الشفعة . بخلاف ما اذا باع ذلك الشريك نصيبه لاجنبي ، فان الشريكين الاخرين يستحقان الشفعة ، بحيث يوزعان تلك الحصة المبيعة على قدر نصيب كل واحد منهما ، وان امتنع احدهما من الشفعة وجب على الآخر ان يشفعها كلها على حسب ما تقدم بياناه .

وعدم ثبوت الشفعة عند انتقال الحصة الى احد الشركاء هو الحكم الذي ينص عليه القانون

الفرنسي فيما يتعلق بمجموع التركة .

وهو الذي تمسك به المشرع المصري فيما يتعلق بالمقولات حيث نص في الفصل 33 في فقرته الأولى على ما يلي : للشريك في المقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي
ويلاحظ أن المشرع المصري - شأنه شأن المشرع الفرنسي - سمى هذه الشفعة بالاسترداد . وهذه التسمية البقية بهذا الموضوع من اسم الشفعة . لأن الشفعة تعني ثبوت الحق للشريك في العقار في أن يضر به حصص شريكه التي انتقلت إلى مالك جديد ، سواء كان هذا المالك الجديد شريكا أو أجنبيا . وذلك لأجل تقليص الشركاء من جهة ، ولأجل أن ترفع عن الشركاء الضرر المتوقع من دخول شريك جديد عليهم يغلب أن لا يتفق مع بقية الشركاء حول إدارة استغلال العقار المشاع . ففي حين أن المشرع الفرنسي قصد بالاسترداد منع الأجنبي من الاطلاع على أسرار التركة ، ولذلك أعطى للشريك في تلك التركة الحق في أن يسترد من يده الحصة التي انتقلت إليه عن طريق البيع . وهذا حدوه المشرع المصري ، وإن كان قد توسع في موضوع الانتقال فلم يتركه قاصرا على مجموع التركة ، بل جعله في كل مجموع من المال ، سواء كان تركة أو غيرها كمتجر . وفي كل مقول .

ونرى أن المشرع المصري لم يساير القانون الفرنسي ، ولم يستمد منه أحكام الاسترداد . وإنما استمد أحكامه من الفقه الإسلامي وخصوصا المذهب المالكي منه . بدليل أنه لم يسم هذا الموضوع بالاسترداد ، وإنما سماه بالشفعة . وجعله في كل حصة شائعة انتقلت إلى المالك الجديد عن طريق البيع أو عن طريق المعاوضة ، وطبق عليه الأحكام المعروفة في الفقه الإسلامي ، سواء فيما يتعلق بأجل الشفعة أو بأجل أداء الثمن . ولم يخالف أحكام الفقه إلا في النقص على أن الشفعة لا تثبت إلا عند ما يكون المشتري أجنبيا غير شريك ، وفي إثبات الشفعة في المقول أيضا إلى جانب العقار .

ثانيا - أن تكون الحصة الشائعة قد انتقلت إلى الأجنبي عن طريق البيع أو المعاوضة .
رأينا أن جمهور علماء الفقه من مالكية وغيرهم يرون أن الشفعة تثبت في كل ما انتقل بعض ، سواء كان عن طريق البيع أو غيره من المعاوضات ، كالماقلة والصلح ، وإن كان يدفعه الزوج لزوجته صداقا أو متعة ، أو تدفعه الزوجة لزوجها عند الخلع ، وإن كان يدفع تمويضا عن ضرره أو غير ذلك من أنواع المعاوضات . بخلاف ما إذا انتقل عن طريق التبرع حيث لا تثبت فيه الشفعة إلا على سبيل الاستثناء .

وقد تبني المشرع المصري هذا الرأي ، ونص في الفصل 974 على أن الشفعة تثبت في البيع وفي المعاوضة .

والقانون الفرنسي يتفق مع القانون المصري في إثبات الشفعة - التي سماها بالاسترداد كما سبق بيانه - في جميع أنواع المعاوضات (1) .
الوسيط ط 855

ما القانون المصري فإنه يختلف مع القانونين المذكورين في كونه لم يثبت الاسترداد
الا في مع فقط وهذا ما صرح به الفصل 933 من القانون المدني المصري بقوله : للشريك
في الشركة الشائع او في المجموع من المال ان يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي
باعها كغيره لاجنبي بطريقة المطرسة . وقد علق الدكتور السنهوري على هذا النص بقوله :
ولا يقبل البيع اي عقد آخر من عقود التصرف ه تبرعا كان او معاوضة . فاذا وهب
الشريك الشائعة او اوصى بها لم يجز استعمال حق الاسترداد لا في الهبة
ولا في وصية ، ذلك ان الشريك انما وهب او اوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال
حق الاسترداد ، كذلك اذا قابض الشريك على حصته الشائعة ، او وفاها مقابل دين
عليه فليس لها حصة في شركة ، لم يجز استعمال حق الاسترداد . اذ يصيب على
التميز ان يدفع للاجنبي ما اعطاه هذا في مقابل الحصة الشائعة (1) .

كما نرى انه ليس من الصعب على الشفيع ان يدفع للمشفوع ما اعطاه في مقابل
الحصة الشائعة في المعاوضات . لانه سبق ان عرفنا الطرق التي وضعها الفقهاء لمعرفة
ما يجب التفع للمشفوع منه في كل انواع المعاوضات (2) . ولا نحتاج الى اعادةها ، وانما
نكتفي بملاحظة عليها لانها تطبق هنا .

في آخر هذا الموضوع ، نتساءل عما اذا باع الشريك حصته الشائعة عن طريق
المزاد هل يكون للشريك الآخر حق الشفعة او لا يثبت له ذلك الحق .

ولجواب على هذا السؤال نشير الى ان القانون المصري نص صراحة على ان استرداد الحصة
الشائعة في المقول لا يثبت الا في البيع بالمطرسة . وهذا يعني انه اذا باع الشريك حصته
الشائعة في المقول عن طريق المزايدة التي تتم طبقا للقواعد القانونية (3) فليس للشريك
التي لم يبيع ان يستعمل حق الاسترداد ، لانه كان في امكانه ان يشارك في المزايدة ، وان
يحمل على ان يرسو المزاو عليه وذلك يمكنه ان يمنع الاجنبي من اطلاق تلك الحصة ، فاعراضه
عن ذلك تحليل على انه لا يرى باسا في دخول هذا الاجنبي معه شريكا في ذلك المال . كما
انه يمكن ان يحتج لهذا الرأي بانه يجب تشجيع الناس على المشاركة في المزايدات
التي ينظمها القانون . وذلك عن طريق ضمان عدم استعمال الشفعة ضد من يرسو المزاو
عليه .

والقانون المغربي وان لم يقيده البيع الذي ثبت فيه الشفعة بكونه بالمطرسة لا بالمزاد ،
فانما يحى انه يجب تقييده بذلك والقول بان البيع الواقع بالمزاد المدني على مقل اذا كان منظما
طبقا لقواعد القانونية لشفعة فيه لما في ذلك من تشجيع الناس على المشاركة فسي
هذا التح من البيع الذي تدعو الحاجة اليه في كثير من الاحيان ، وضها على الاخص تنفيذ
الاحكام عن طريق بيع اموال المحكوم عليه .

(1) المجلد 8/559 ط .

(2) المجلد 8/559 ط .

(3) المجلد 8/559 ط .

و ما يختلف ما سبق لنا من القول فيما يتعلق بالمقار ، سواء كان غير
 محفوظاً . او كان محفوظاً (2) من ان الشفعة تثبت حتى في البيع بالمزايدة ، وذلك
 لان هناك بين الشفعة في كل من المقار وفي الموقوف .
 ان الشفعة في المقار تخضع لاحكام الفقه مباشرة فيما يتعلق بالمقار غير
 المحفوظة جائرة فيما اذا كان المقار محفوظاً لان الذي يطبق عليها هو القانون العقاري
 ثم ان الشفعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص .

فبعضنا ان الفقه الاسلامي في جميع المذاهب يرى ثبوت الشفعة في كل بيع سواء
 نعم عن طريق طارئة او عن طريق المزايدة . ولذلك قلنا بثبوت الشفعة في البيع بالمزايدة ، وفي
 النجس من المقار ، تبعاً لقول الفقهاء ، اما الموقوف ، فنظرنا ان اغلب المذاهب
 تقر في الشفعة فاننا نعمل على التضييق من مجال تطبيق الشفعة فيه .
 وذلك عن طريق القول بان البيع الواقع عن طريق المزايدة لا شفعة فيه .
 نحن نبيع الموقوف يتطلب السرعة والاستعجال ، كما انه من المصلحة ان يتقرر
 للمتقدم من بيع ملكيته على الحصة التي اشتراها ليتمكن ان يستغلها . ولذلك
 كان من حسن ان نقول انه لا شفعة فيما يبيع منه عن طريق المزايدة .

المبحث الرابع

المشفوع به

المشفوع به هو ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه في مقابل حصوله على الحصة
 المشفوعة . وقد نص الفصل 974 على ما يلي : اذا باع احد المالكين على الشفيع
 لاجني حصة الشائعة ، جاز لباقيهم ان يشفعوا هذه الحصة لانفسهم ، وفي
 مقابل ان يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة
 التي تنجبها منذ البيع . . . ويلزمه ان يدفع ما عليه معجلاً ، وعلى الاكثر خلال ثلاثة
 ايام ، وان اتضى هذا الاجل لم يكن لمباشرة حق الشفعة اثر .
 من هذا النص يتبين انه يلزم الشفيع ان يؤدي للمشفوع منه جميع ما خرج
 من يده من حصة حصوله على الحصة موضوع الشفعة من ثمن ومصروفات في اجل لا يتعدى
 ثلاثة ايام .

حكم على ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه . وعلى الوقت الذي يجب عليه ان يؤدي فيه
 ذلك .

أولاً : ففيما يتعلق بما يؤديه الشفيع للشفيع منه نسير الى ان الفصل 974 ينص على ان على الشركاء الذين يريدون الشفعة : ان يدفعوا للمشتري الثمن . وفات المقدمة والصروفات الضرورية والنافعة التي انفقها عند البيع .

وهذا يعني ان على الشفيع ان يؤدي للمشفوع منه : (1) الثمن . (2) المقدم . (3) المصروفات الضرورية والنافعة التي انفقها عند البيع .

(1) الثمن . عرفنا ان الشفعة تثبت في البيع وفي المنازعات .

فاذا كان المشفوع منه قد اشترى الحصة المشفوعة ومن طلبها عدواً ، يجب على الشفيع ان يؤدي له نفس الثمن الذي بذله .

واذا كان المشفوع منه قد تلقى تلك الحصة عن طريق العاوضة كما اذا كان مقابل ثياب او سيارة او دفعت في شركة ، او في مخارضة او تخرج عن ضرر او في مقابل او غير ذلك . فيجب على الشفيع ان يؤدي للمشفوع منه ما قيمة الحصة نفسها او قيمة الشيء الذي دفعت الحصة في مقابلها على حسب التفصيل الذي ذكرناه في (1) لان نفس الاحكام التي ذكرناها في المشفوع به تنطبق هنا لانها يتعلق بها اثنان الثمن مؤجلاً فان المشرع المغربي نص على انه يلزمه " ان الشفيع " ان يدفع ما عليه معجلاً ، اي ان الشفيع يجب عليه ان يؤدي للمشفوع ما له من ثمن الوتية معجلاً ، سواء كان هذا المشفوع منه قد اشترى بثمن معجل او بثمن مؤجل . وهذا يعني ان الشفيع لا يستفيد من الاجل الذي يمكن ان يكون قد منح للمشفوع منه من طرف من يبيع له الحصة قصد اداء الثمن . وقد عرفنا ان فقهاء المذهب المالكي يرون ان الثمن اذا كان مؤجلاً فان الشفيع يؤجل كذلك على حسب التفصيل الذي سبق بانه . كما عرفنا ان الشافعية يرون انه يجب على الشفيع ان يؤدي الثمن معجلاً للشفيع منه سواء كان قد اشترى بثمن معجل او مؤجل . وقد تبنى المشرع المغربي هذا الرأي ومارطه كما رأينا .

اما المشرع المغربي فقد اختار فيما يتعلق بالامتداد - ان يجمع المشرع (الشفيع) محل محل المشتري (المشفوع منه) في جميع حقوقه . وهذا يعني انه ينبغي من الامتيازات التي تثبت للمشفوع منه ، ومن جملتها انه اذا كان الثمن مؤجلاً او مخططاً فان المسترد (الشفيع) ينتفع بالتأجيل او بالتقسيط . (2)

(2) مصروفات المقدم . ويقصد بها ما صرفه المشفوع منه بخاتبة حمله على الحصة المشفوعة من اجرة السمساره واجرة كتابة المقدمه وصاريف تسجيل المقدمه والضرائب وغير ذلك مما يؤدي عادة بمناسبة الشراء .

(3) المصروفات الضرورية والنافعة التي انفقها عند البيع . ويقصد بها ما صرفه المشفوع منه للمحافظة على الحصة المشفوعة او لتحسينها عند حصولها الى يوم انتقالها الى الشفيع . وذلك مثل ما اذا كان في الحصة المبيعة عيب هام (1) انظر بفتح الهمزة : 126 . (2) الوسيط 865/8 .

المشروع منه باصلاحه ، او انفق مبالغ في حراسة تلك الحصة او تمهدها ، وكذلك اذا انفق مبالغاً في تحسين ذلك المال المشاع . كما لو فرضنا ان حافلة مشتركة بين ثلاثة اشخاص ، وقد عهدوا بتسييرها الى شخص منهم باع احدهم نصيبه التام لاجنبي ، وقبل ان يستكمل الشريكان الباقيان واحدهما الحق في الشفعة قام الجديد بتجديدها بمضى آلات الحافلة او تجديد طرقاتها والنزول واحد من الشركاء بما فيها المشتري الجديد بان يدفع نصيبه في هذه الشفعة . ثم استكمل الشريكان الباقيان الحصة الشفعة . فانهما يلزمان بان يؤدوا للمشروع منه - زيادة على ما ذكره - ما انفق عليه هذه التحسينات التي ادخلت على المال المشاع .

اما المصاريف غير الضرورية وغير النافعة فلا يلزم الشفعاء بها للمشروع ثانياً : وفيما يتعلق بالوقت الذي يجب على الشفعاء ان يؤدوا فيه نصيبهم عليه من نصيبه . نشير الى ان الفصل 974 ينص على ان الشفعاء : يلتزمه ان يدفع ما عليه عاجلاً وعلى الاكثر خلال ثلاثة ايام ، فان انقضى هذا الاجل لم يكن له اذرة حق الشفعة اثره . وهذا النص يعني انه يجب على الشفعاء ان يؤدوا ما ذكره من النص والمصاريف في اجل اقصاه ثلاثة ايام تبديء من تاريخ مباشرته للشفعة .

بحيث اذا طلب الشريك من الاجنبي الذي انتقلت اليه الحصة النافعة بحاضرة ان يمكنه من شفعة تلك الحصة . فان عليه ان يدفع له جميع ما نتج من يده من ثمن ومصاريف خلال الثلاثة ايام الموالية لهذا الطلب والا سقط حقه في الشفعة . وكذلك اذا رفع الشريك دعوى على المشروع منه يطلب منه تكينه من شفعة الحصة التي انتقلت اليه فيجب ان يدفع له خلال ثلاثة ايام من تاريخ هذا الطلب جميع الثمن والمصروفات والا سقط حقه .

ويتحقق هذا الدفع في الحالتين اما بتكليف المشروع به بذلك الثمن والطرف فملاً ودفعها له يدا بيد مقابل وصار او غير ذلك مما يثبت به هذا الدفع . واما بقيام هذا الشفعاء بالمعرض والايداع على الكيفية التي حددتها القانون .

وذلك ان القانون نظم كيفية عرض الوفاء والايداع في الفصل 171 وما بعده الى الفصل 178 من المسطرة المدنية " وقد سبق ان تكلمنا على كيفية عرض الشفعاء لثمن على المشروع منه عرضاً حقيقياً وايداعه عند الكلام على اجراءات الشفعة في العقار المحظ (1) . فيجب الرجوع الى هذا الموضوع والقيام بنفس الاجراءات بصدور شفعة المقتل .

فان لم يقم بدفع الثمن والمصاريف خلال الثلاثة ايام من تاريخ طلب الشفعة فان حقه في الشفعة يسقط .

بقي ان نشير الى ان الشفعاء قد يكون جاهلاً ببعض ما صرغه المشتري في سبيل حظه على الحصة المشفوعة ، كما اذا لم يعرف اجرة السمار او اتعاب الموثق . او المصاريف

التي صرفها المشتري في اصلاح المال ، كما انه يكون جاعداً ما يجب عليه ان يؤديه للمشفوع منه ، وذلك فيما اذا كانت الحصة التي يرد الشريك بها قد انتقلت الى المشفوع منه بنوع من انواع المعاضات غير البيع ، كما اذا دفعت الحصة من راسمال في شركة ، او دفعت مهرًا لزوجته او دفعت الزوجة لتزوجها فالحصولها على الطلاق .
 نفس الحالة الاولى : يجب على الشفيع ان يؤدي خذل الاجل المشار اليه ما يعلم ان المشتري اداءه من الثمن ثم يطالبه بان يدين له ما اداءه من غير ثمن . وعندئذ يدفعه له خلال الثلاثة ايام الموالية لاعادة مقدار المصاريف مع بقائه في طلب تحديد هذه المصاريف من طرف المحكمة والرجوع على الشفيع به بالنفوس ما اداءه فعلاً وما حددته المحكمة .

وفي الحالة الثانية : لا يجب على الشفيع ان يؤدي شيئاً للمشفوع منه الا بعد ان يقع تحديد ما يجب عليه ان يدفعه للشفيع من قبل شفيع تلك الحصة المشاعة وذلك كما يلي :

- (1) اذا كان المشفوع منه قنند دفع شيئاً حراً (غير التوجه فابل الحصة المشاعة . كما اذا دفع له ثياباً او حيواناً او حصة في مال خالص اخر فتمتع به الثياب او الحيوان او الحصة المشاعة لتحديد القيمة التي كان ذلك الشيء يؤولها بموجب المعاضاة .
- (2) اذا كان المشفوع منه قد حصل على تلك الحصة المشفوعة فابل شيء لا يمكن معرفة قيمته . كما اذا دفع الزوج لزوجته تلك الحصة صداقاً او حصة او دفعت الزوجة لزوجها عند الخلع ، او دفعت نصيباً في رأس مال شركة . فتقو تلك الحصة المشفوعة نفسها لتعرف قيمتها التي كانت تساويها بموجب المعاضاة .

ويقع التحديد اما باتفاق الطرفين خلفاً عما على يد المحكمة التي رفعت اليها دعوى الشفعة . وعندما تحدد تلك القيمة يجب على الشفيع ان يؤديها للمشفوع منه داخل ثلاثة ايام من تاريخ ذلك التحديد . فان مضى الاجل ولم يؤد الشفيع تلك القيمة للمشفوع منه او لم يجعلها رهن اثاره فان حقه في الشفعة يسقط .

وفيه من التنصيص في الفصل 974 على ان استعمال حق الشفعة يكون في مقابل ان يدفع الشفيع للمشتري الثمن والمصروفات . وانه اذا لم يدفع هذا الشفيع ما وجب عليه خذل ثلاثة ايام لم يكن لجائز حق الشفعة اثر . انه لا يحكم للشريك بالشفعة الا اذا اثبت انه دفع فعلاً خلال ثلاثة ايام من تاريخ طلبه للشفعة من المشفوع منه او من تاريخ رفعه للدعوى الثمن والمصاريف " اذا كانت معلومة فيه " او اثبت ان له ادى القيمة التي حددت بالتراضي او القضاء خذل ثمة ايام من تاريخ ذلك التحديد وانه اذا لم يثبت ذلك فان طالبه بالشفعة سواء كان قد وجهه الى الشفيع منه راسمالاً او عن طريق المحكمة يلغى ويسقط حقه في الشفعة ولو كان اجل الشفعة التي يحق له خلالها ان يطلب الشفعة ما زال لم ينته .

وأخيراً نتساءل عما إذا طلب الشفيع الشفعة في اليوم الآخر من السنة المالية ليسوم علمه بالمعاضة التي انتقلت بموجبها حصة شركه الى الاجنبي ولم يؤد الثمن الا في اليومين التاليين ، او لم يؤده الا بعد تحديد من طرف المحكمة اي بعد انتهاء السنة ، بمعنى ان يكون طلب الشفعة قد وقع داخل السنة والاداء يستند ضيها . فهل يثبت للشفيع الحق في الشفعة اولا ؟ .

للجواب على هذا السؤال نرى ان هذا الشك يثبت له حق كسوة ، ولا يحفظ حقه بكونه ادى الثمن بعد مرور السنة ما دام قد قام بالطلب داخل هذه المدة . والى ان يكون كمال من الطلب والاداء داخل السنة المالية لتصبح علمه بالتبعية المعاضة . وإنما اشترط ان يطلب الشفعة داخل السنة والسو في السنة داخل محاسبته ، ومن غير ان ينص على ان هذه الايام الثلاثة يجب ان تكون داخل السنة المالية .

الفصل الثاني اجل الشفعة واجراءاتها

نتكلم في هذا الفصل على الاجل الذي يحق للشريك في النقول المتاع ان يطلب خلاله شفعة الحصة التي انتقلت الى شخص اجنبي عن طريق البيع او الماوضة . وعلى الاجراءات التي يجب على الشريك ان يتبناها في طلبه للشفعة . ثم نعمل على مقارنة بين احكام الشفعة في المقارن نوعيه " المحفظ وغير المحفظ " وفي النقول . وذلك فسي محثمين :

المبحث الاول

اجل الشفعة واجراءاتها

نخصص هذا المبحث للكلام على اجل الشفعة في النقول وعلى الاجراءات التي يجب ان تتبع للمالبة بهذه الشفعة . وذلك في نقطتين :

النقطة الاولى : اجل الشفعة .

ينص الفصل 976 على ما يلي : يسقط حق المالك على الشباع في الاخذ بالشفعة بعد مضي سنة من علمه بالبيع الحاصل من المالك معه ، ما لم يثبت ان عائقا ضروريا قد منعه منها كالاكراه .

ويسري هذا الاجل حتى على القاصرين متى كان لهم نائب قانوني . ومن هذا النص يتبين لنا ما يلي : (1) ان الاجل الذي يمكن فيه للشريك ان يطلب الشفعة خلاله هو سنة تبتدئ من تاريخ علمه بالبيع " او الماوضة " الذي انتقلت بموجب الحصة الى الاجنبي . (2) وانه اذا مرت السنة من غير ان يطلب الشفعة الشفعة فان حقه يسقط . الا اذا كان للشريك عذر مبول يمنعه من طلب الشفعة خلال الاجل المذكور فان حقه في الشفعة لا يسقط .

(1) فيما يتعلق بالنقطة الاولى ، نشير الى ان المارع تنبئ الحكم القروفي الفقه وهو الذي يقضي بان للشريك الحق في طلب الشفعة خلال السنة من تاريخ علمه بانتقال حصة شريكه الى مالك جديد " اجنبي " وان كان لم يفرق بين ان يكون قد علم بذلك الانتقال عن طريق حضوره لمقعد البيع او الماوضة التي انتقلت الحصة بموجبها الى المالك الجديد . او كان قد علم بذلك عن طريق اعلامه عن طرف هذا المالك الجديد او غيره . كما انه لا مجال لاختصار هذا الاجل عن طريق رفع الدعوى من طرف المالك الجديد على الشريك قبل مرور السنة ليطالبه باستعمال الشفعة الآن او الحكم بسقوط شفعتها من غير انتظار مرور السنة .

وهو في هذا بين الحكمين يخالف الفقه الذي راينا انه يجعل اجل الشفعة فيما

إذا حضر الشريك المقعد شهرين فقط . كما أنه يعطى الحق للمضجع منه في أن يطلب من المحكمة أن تلزم الشريك بأن يعرب عن موقفه من الشفعة فوراً قبل مرور السنة . ولا يقضى له حينئذ إلا أخذ الحصة بالشفعة حالاً وإداء الثمن والمصاريف ولا حكم بسقوط حقه في الشفعة ولا يمكنه أن يحتج عندئذ بأن السنة لم تنته بعد .

وما كان ينهض للمشرع أن يخالف الفقه في هذين الحكمين ، خصوصاً بعد طرطها في القانون المقارن . ومن المعروف أن المقارن في الغالب أهم بكثير من النقل من حيث المعاملة فيه إلى كثير من الترهى والتفكير والاستمداد ، ولذلك فهو الذي يتحقق أن يضح الشريك فيه وقتاً أطول من الوقت الذي يعطى للشريك في المنقول بعد السنة . ومنح الشريك في المنقول أجلاً أطول من أجل الذي يعطى للشريك في المنقول من أجل الشفعة مخالف للمنطق .

وبناءً على ما قرره المشرع في الفصل 976 فإن المالك الجديد الذي نكتة إليه الحصة المشاعة ليس له أن يرفع دعوى على الشريك القديم يطلب فيها ضماناً يحكم عليه بأن يأخذ بالشفعة فوراً ولا حكم عليه بسقوط شفته . وإنما يقضى للشريك القديم متى ما بحقه في التقدم بطلب الشفعة طيلة السنة المالية لتاريخ طبعه بالبيع أو المعاوضة .

وينهض على ما قرره الفصل المذكور من أن أجل السنة يتبدى من تاريخ علم الشريك بالمعاوضة التي انتقلت الحصة بموجبها إلى المالك الجديد . أن الترتيب إذا قام بعد أكثر من سنة يطلب الشفعة ، وأدعى أنه لم يعلم بتلك المعاوضة إلا منذ أقل من سنة ، فإنه يصدق في ذلك ويحكم له بالشفعة .
مسألة : يثبت المضجع منه أن ذلك الشريك قد علم بالمعاوضة قبل مضي أكثر من سنة عن تاريخ طلبه للشفعة ، كان يثبت حضوره للمعاوضة ، أو يثبت أنه أخبر بذلك قبل أكثر من سنة . أو يثبت أنه أقر للغير بأنه علم بالمعاوضة منذ أكثر من سنة . وله أن يثبت ذلك بكل طرق الإثبات الممكنة بما فيها شهادة الشهود ، لأن ذلك من الوقائع التي لا تشترط في إثباتها وسيلة معينة .

فإن لم يتمكن من إثبات ذلك بوسيلة من الوسائل ، وطلب الحكم على الشريك بأن يحلف على أنه لم يعلم بالمعاوضة إلا منذ أقل من سنة . فإنه يستجاب لطلبه هذا . وإن كان المشرع لم ينص على ذلك . لما سبق أن ذكرنا من أن المشرع اعتمد أحكام الشفعة من الفقه الإسلامي . ولذلك يجب الرجوع إليه فيما لم ينص عليه القانون .

وإذا قلنا أنه لا يمكن للشريك الجديد - في ذات شفعة المنقول - أن يطلب الحكم على الشريك القديم بأن يعرب عن موقفه من الشفعة قبل مرور السنة . فإنه لا مانع من أن يعلمه بأن حصة شريكه قد انتقلت إليه بمعاوضة ليبدأ أجل السنة في المريان ، ولكي لا يتمكن الشريك بعد ذلك من ادعاء جهله بانتقال الحصة إلى هذا الشريك الجديد .

(2) وفيما علق بالنقطة الثانية، من انه اذا مرت سنة على علم الشريك بانتقال الحصة الى مالك جديد بمعاوضة من غير ان يمارس حقه في الشفعة فان حقه في الشفعة يقط ولا يمكن ان يطلب الشفعة بعد ذلك . الا اذا اثبت ان له عذرا مشروعا في عدم التوجه للسنة اثناء الاجل .

ان عذري ان مرور السنة يسقط الحق في الشفعة بقوة القانون وانما لا يمكن ايقاف هذا الفصل او قطعه بوسيلة اخرى غير طلب الشفعة عن طريق القضاء .

أ- فلو قبل الشريك القديم داخل السنة الى الشريك الجديد بطلب تمكينه من الشفعة عن طريق القضاء . ولم يستجب ذلك الشريك الجديد لهذا الطلب ، ولم يرفع الشفعة الى القضاء حتى مرت السنة ، فان حقه في الشفعة يسقط ولا يمكن الاحتجاج بانه شفعة من المشروع منه راسا داخل الاجل .

ب- ولو قبل الشريك القديم عدلين او عددا من الناس داخل السنة على انه يترك حقه في الشفعة ، او انه استعمل الشفعة ، ولم يرفع الامر الى القضاء الا بعد مرور السنة ، فحق الشفعة يسقط ايضا .

ج - ولو رفع الشفعة الى محكمة غير مختصة ولم يصدر الحكم بعدم الاختصاص الا بعد مرور السنة ، فان حقه في الشفعة يسقط .

د - ولو كان عرضا ولم يطلب الشفعة الا بعد مرور السنة على تاريخ علمه باحتلال الحصة الى مالك جديد بمعاوضة ، فان حقه في الشفعة يسقط .

هـ - ولو كان الشريك محجورا وله ولي " اب او وصي او مقدم القاضي " ولم يطلب هذا الولي الشفعة لمحجوره حتى انتهت السنة ، فان حق المحجور في الشفعة يسقط ، ولا يحق له ان يطلب الشفعة عندما يصير رشيدا . سواء تركها الولي عبدا او تهاونا ، وسواء كان ترك الولي طلب الشفعة لمحجوره لمصلحته او لغيره .

و- ولو ترك الشريك الشفعة حتى مضت السنة ، ثم قام بطلبها وادعى ان كان يجب حكم الشفعة ، ولا يعلم انه يحق للشريك ان يشفع ما باعه شريكه . فانه لا يجاب له بحكم بسقوط حقه في الشفعة .

وهكذا يجب ان مرور السنة على العلم بالبيع او المعاوضة يؤدي الى سقوط الشفعة . نعم اذا كان هناك عذر مشروع منع الشريك من الشفعة داخل السنة . فان حقه في الشفعة لا يقط بمضي السنة ، وانما يستمر الى ان يرتفع المذر وتضي السنة على تاريخ زوال المذر . حيثئذ يسقط حقه في الشفعة ان لم يستعمله اثناءها .

وقد نص الفصل 976 للمذر المشروع بالاكراه . ويعنى به الاكراه الذي ينصب على الشريك كمن لا يستعمل حقه في الشفعة . كان يهدد بالقتل ان طالب بالشفعية او بالضرب او بغير ذلك مما يعتبر اكراه . ولكي يعتبر الاكراه عذرا مقبولا لا بد ان تتوفر فيه الشروط الاتية :

- (1) ان صدر المشفوع منه راساً او ان يكون عالماً بـــــــــــــــــــــــــــــــــه .
 (2) ان يتصل الشفيع مباشرة او على شخص مرتبط به رابطة قوية من قرابة
 فضلة او زوجية او صلة مينة .
 (3) ان تولى الشفيع رهبة تدفعه الى ترك طلب الشفعة بحيث يتبين انه
 لولا الاكراه لتقدم بطلب الشفعة .
 فان توفرت هذه الشروط كان الاكراه قائماً ، واعتبر عذراً مقبولاً . وترتب عن ذلك
 ان يقضى للشريك التي يقع عليه الاكراه الحق في طلب الشفعة خلال سنة تبتدىء من
 تاريخ زوال الاكراه (1) .
 ومن ثم انه يجب على الشريك الذي يدعي انه اكراه على ترك الشفعة ان يثبت
 هذا الاكراه ، وله ان يجمع طرق الاثبات الممكنة بما فيها شهادة الشهود .
 وما اثاره الشفيع ما يلي :

- (1) ان يثبت ان الشفيع منه دلس عليه في الثمن الذي وقع به البيع . او في
 الشروط التي وضعها لبيع ، او ان التدليس كان في شخصية المشتري ، بحيث قيل
 له ان هذا هو الذي اشتريته ، شريكه فترك الشفعة ثم تبين له بعد اكثر من سنة
 ان الذي اشتراها هو ظالم . او اخبر بان الذي انتقلت اليه الحصة هو احد الشركاء
 معه ثم تبين له ان التي اشتراها اجنبي .
 (2) ان يثبت ان لم يكن يعلم انه شريك في ذلك المال المشاع وانه لم يعلم
 بذلك الا بعد مرور حنة من تاريخ بيع احد الشركاء لنفسه .
 (3) ان يثبت انه كان غيراهل للقاضي ، بان كان قاصراً وليس له ولي قانوني
 - ليعر له اب ولا وصي ولا خادم من القاضي وهو المعبر عنه بالمهمل - وانه لم يصبح رشيداً
 الا عند اقفل من حنة من مارسنه لحقه في الشفعة .
 في هذه الحالات ، طالما يقبل منه هذا المذر ولا يكون مرور السنة
 على تاريخ طعه بالتبني او بالمفاوضة مسقطاً لحقه . وانما يستمر حقه في الشفعة
 الى ان تخفي حنة من تاريخ زوال المذر .
 الفقرة الثانية : اجراءات الشفعة .

نعم الى ان الشفيع لا يوجب على الشفيع اتباع اجراءات معينة عند طلبه للشفعة .
 وانما يترك له الخيار من ان يطلب الشفعة من المشفوع منه راساً ، فان مكنته منها
 وقبل منه الثمن والحارية تحت له الشفعة وانتهت القضية . وان لم يقبل منه ذلك اكنته اللجوء
 (1) لو وقع الاكراه بعد حي مدة من تاريخ العلم ثم زال الاكراه فهل يبقى الحق للشريك
 في طلب الشفعة حتى حنة او انما يبقى له الحق في طلب الشفعة خلال الاجل
 الماي للمدة التي كانت قد بقيت له عند الاكراه .

الى القضاء ليطالب الشفعة عن طريقه . كما يمكنه ان يلجأ راساً الى القضاء بطالب الشفعة . انما يجب عليه عندما يلجأ الى القضاء في الحالتين ان يرفع الدعوى قبل مضي السنة من تاريخ علمه بالبيع او بالمواضعة او من تاريخ زوال الطعن المشروع . وان يؤدى الثمن والمصروفات داخل ثلاثة ايام من تاريخ رفعه للدعوى ان كان الثمن والمصاريف معروفين لديه . او من تاريخ تحديدهما من طرف القضاء ان كان غير محدد في العقد .

وهذا يعني ان المشرع لم يوجب على الشريك ان يقدم العرض والايداع للثمن على المشفوع منه قبل الدعوى ولا ان يؤخر ذلك . ولذلك يمكن للشريك ان يبدأ اولا بعرض الثمن على المشفوع منه فان لم يقبله او دفعه في ميعاد المحكمة ثم يرفع الدعوى بطلب الحكم بصحة العرض والايداع وتمكينه من الشفعة . او يطلب تمكينه من الشفعة التي وضع ثمنها في الصندوق بعد رفض المدعى عليه لقبوله . كما يمكنه ان يتوجه راساً الى المحكمة يطلب الحكم على المدعى عليه بتمكينه من شفعة الحصة التي في شركته ثم يقوم خلال الثلاثة ايام الموالية لتاريخ المقال بالعرض والايداع للثمن ان كان يعرفه . او يظهر استمداؤه لاداء ما يجب عليه ان كان الثمن غير محدد " كما هو الحال في المواضعات " . اما المحكمة التي ترفع اليها هذه الدعوى فهي المحكمة الابتدائية التي يقع فيها باثرتها موطن المشفوع منه . لانها دعوى يبتدئها بتمكين المدعى من شفعة حصة في منقول شائع .

البحث الثاني

مقارنة بين الشفعة في الفقه وفي التشريع المغربي

الى هنا نكون قد انتهينا من الكلام على الشفعة واحكامها في الفقه الاسلامي ، ثم في التشريع المغربي الذي استمد اغلب احكام الشفعة من الفقه المذكور ، ومن المذهب المالكي بالخصوص .

وقد تبين لنا ان العقار غير المحفوظ بقي دائماً خاضعاً لاحكام الفقه على المذهب المالكي ، ولم يطبق عليه قانون الالتزامات والعقود الذي لم يطبق الا على القضايا المدنية المنقولة دون العقار ، كما لا يطبق عليه التشريع المقاري الذي لا يطبق - بطبيعة الحال - الا على العقار المحفوظ .

وبذلك رايت ان نقصر تطبيق المصطلح للشفعة من قانون الالتزامات والعقود على المنقولات المتداخلة ، لان اعمال النص خير من اطلاقه ، ولان في اثبات الشفعة في المنقول - وشروطها - ساء اغلب المذاهب الفقهية - مصلحة للشركاء في المنقول خصوصاً بعد ان اصبح لكثير من المنقولات اهمية كبيرة وقيمة عالية ، كما انها تؤدي مهمات قد لا يؤديها العقار ، وقد يدوم بعضها مدة طويلة

ولقد كنا في دراستنا لأحكام الشفعة في التشريع المغربي ، سواء منه المتملق بالمقار المحفظ ، أو المنقول ، نعمل على المقارنة بين الأحكام المنصوص عليها في هذا التشريع والأحكام التي سبق لنا أن بسطناها في القسم الأول المخصص للفقهاء الاسلامي ، وقد تبين لنا من هذه المقارنة أن أغلب الأحكام المنصوص عليها في الفصول المخصصة للشفعة في القانونين المشار إليهما يتفق مع أحكام الشفعة في المذهب المالكي ، ولذلك كنا نكتفي في الغالب بالأحالة على ذلك القسم .

وقد رأيت من الفائدة أن أجمع في هذا المبحث الأحكام التي يختلف فيها القانونان المذكوران عن المذهب المالكي ، ليتبين لنا أن التقنين المغربي لا يختلف عن الفقه الاسلامي إلا في مسائل يسيرة ، مما يثبت أن الشفعة مستمدة من المذهب المالكي ، ونقسم هذا الموضوع إلى نقطتين ، نبحث في الأولى الموضع التي خالف فيها الظهير السابق على المقارنات المحفوظة ، والمذهب المالكي ، وفي الثانية الموضع التي خالف فيها ظهير الالتزامات والمقود هذا المذهب .

النقطة الأولى : الموضع التي خالف فيها التشريع المقاري المذهب المالكي . يستنتج من دراستنا للشفعة في التشريع المقاري أن ظهير 19 رمضان 1333 موافق 2 يونيو 1915 يتحس في أغلب موصوفه مع أحكام الشفعة حسب المذهب المالكي ، ولم يخالف هذا المذهب إلا في القليل النادر من الأحكام ، كما أننا نستنتج من تلك الدراسة أن أغلب تلك المخالفات استلزمها طبيعة التحفيظ المقاري والهادي الأساسية التي يقوم عليها نظام التحفيظ .

وتتلخص الأحكام التي جاءت في هذا التشريع مخالفة للمذهب المالكي فيما يلي :
(1) أن التشريع المقاري لم يثبت الشفعة إلا في البيع ، دون باقي أنواع المعاملات . في حين أن الرأي المتفق عليه في المذهب المالكي أن الشفعة تثبت في كل أنواع المعاملات من بيع أو مقايضة ، ومخارجة وغيرها (2) . وهذا ما سار عليه ظهير الالتزامات والمقود (3)
(2) أن التشريع المقاري نص على أن المشتري يكفيه أن يقوم بهد تسجيل شرائه في الرسم العقاري بتوجيهه إنذار إلى الشركاء لجعلهم ضطرين إلى ممارسة الشفعة داخل ثمثة أيام ولا سقط حقهم فيها (4) في حين أنه في ظل الفقه المالكي لا يكفي المشتري أن يوجه هذا الإنذار بل لابد من توجيهه دعوى أمام القضاء لحصل الشركاء على الأعراب عن موافقتهم من الشفعة هل يستعملونها أولا . فإن قرروا استعمالها وجب عليهم أداء الثمن والمصاريف داخل ثمثة أيام ولا سقط حقهم فيها (5) .

ويلاحظ أن قانون الالتزامات والمقود لم يأخذ بهذه القاعدة ، وإنما أعطى الشريك الحق في الشفعة خلال سنة من يوم علمه بانتقال حصة شريكه إلى مالك جديد عن طريق المعايضة (6)

(1) انظر صفحة : 285 (2) انظر صفحة : 107 (3) انظر صفحة : 364

(4) انظر صفحة : 309 (5) انظر صفحة : 156 و 160 (6) انظر صفحة : 372

(3) ان التشريع المقاري يسير على ان اجل الشفعة شهران بالنسبة للشريك الذي حضر عقد البيع، وسنة بالنسبة لمن لم يحضر ذلك المقعد (1)، في حين ان الممثل يجزي عندنا على ان اجل الشفعة يحدد بنسبة في الحالتين مما (2). وهذا ما اخذ به تاهير الالتزامات والمقود (3).

(4) ينص التشريع المقاري على ان اجل السنة يتدئ من يوم تسجيل الشراء في السجل العقاري، سواء ثبت ان الشريك لم يعلم بذلك البيع عند تسجيله، او ثبت انـه علم به قبل التسجيل بمدة اولى (4)، في حين ان الفقه المالكي يسير على ان اجل السنة يتدئ من يوم العلم بالمقد الذي انتقلت بموجبه الحصة الى المشفوع منه (5). وهو نفس الحكم الذي نص عليه تاهير الالتزامات والمقود (6).

(5) يوجب التشريع المقاري على الشريك الراغب في الشفعة ان يقوم بكل من اعلان رغبته في الشفعة واداء الثمن داخل الاجل المحدد لممارسة الشفعة، ومعنىـ هذا ان ممارسة الشفعة لا تتم الا باداء الثمن داخل الاجل (7). في حين ان الفقه المالكي لا يوجب على الشريك الراغب في الشفعة الا ان يرفع دعواه بالشفعة داخل الاجل المقرر، اما الثمن والمصاريف فلا يجب عليه ان يؤديها الا بعد ان تامله المحكمة بذلك، ولو صدر هذا الامر بعد مرور اكثر من سنة على علم هذا الشريك بالبيع الذي يطلب فيه الشفعة (8). ويسير تاهير الالتزامات والمقود على انه يتمين على الشفع ان يؤدي الثمن والمصاريف داخل ثلاثة ايام من يوم طلبه للشفعة (9).

(6) ان التشريع المقاري يصطي للمشتري الذي سجل شراءه اولا الحق في الشفعة ضد من سجل شراءه بعد ذلك، ولو كان هذا المشفوع منه قد اشترى حصته قبل ذلك الشفع (10). في حين ان الفقه المالكي يسير على ان من اشترى اولا فهو الذي يستحق الشفعة ضد من اشترى بعده (11). وهذا ما يجب تطبيقه في ظل قانون الالتزامات والمقود.

النقطة الثانية / المواضع التي خالف فيها تاهير الالتزامات والمقود المذهب المالكي.

يتجلى من دراستنا لاحكام الشفعة المنصوص عليها في تاهير الالتزامات والمقود، ان هذا التشريع وان استمد اغلب تلك الاحكام من المذهب المالكي، فقد خالف هذا المذهب في المسائل التالية :

- | | |
|---------------------------|----------------------|
| (1) انظر صفحة : 314 و 317 | (2) انظر صفحة : 151 |
| (3) انظر صفحة : 371 | (4) انظر صفحة : 317 |
| (5) انظر صفحة : 152 | (6) انظر صفحة : 371 |
| (7) انظر صفحة : 337 | (8) انظر صفحة : 151 |
| (9) انظر صفحة : 368 | (10) انظر صفحة : 304 |
| (11) انظر صفحة : 98 | |

(1) الظهير الالتزامات والمقود يثبت الشفعة في كل مال مشاع ، سواء كان عقارا او منقولا (1) . بينما المذهب المالكي لا يثبت الشفعة الا في العقار دون المنقول باستثناء الضوابط المتصلة بالعقار ، كالثمار والزرع (2) . ومطابقة الحال فان التشريع المقاري لا يتكلم الا على المقارات والحقوق المبنية المتعلقة بالعقار (3) .

(2) ان هذا الظهير لا يثبت الشفعة للشريك الا عندما تنتقل الحصة المشاعة الى شخص اجنبي ، بحيث اذا انتقلت الحصة الى احد الشركاء فلا يحق لباقيهم ان يستعملوا الشفعة ضده (4) ، في حين ان الفقهاء في المذهب المالكي ، يرون ان الشفعة تثبت ضد كل مالك جديد لحصة مشاعة ، سواء كان اجنبيا عن الشركاء او كان واحدا منهم (5) ، وهذا ما تمسك به التشريع المقاري (6) .

(3) ان الظهير المذكور يعطي الشركاء جميعا حق الشفعة من غير تفضيل شريك على آخر (7) . في حين رايضا ان فقهاء المذهب المالكي يقسمون الشركاء - اذا كانوا متعددين - الى مراتب ، بعضها اولى من بعض في الشفعة (8) . وينصون على ان صاحب المرتبة الدنيا لا يستحق الشفعة الا اذا لم يرغب من هو اعلى مرتبة منه فيها (9) . وقد تمسك التشريع المقاري بهذا الاولوية المذكور (10) .

(4) يحدد الظهير الالتزامات والمقود اجل الشفعة بسنة في جميع الحالات ، ولا يعطي للمشتري الحق في ان يطلب من الشريك ان يقرر فوراً اذا كان ياخذ الحصة بالشفعة او لا (11) . في حين ان اصحاب المذهب المالكي يرون انه يمكن للمشتري ان يرفع الشريك الى القضاء ليطلب منه مطرسة حقه في الشفعة فوراً والا حكم عليه بسقوط حقه فيها (12) . وقد اخذ التشريع المقاري بهذا البند وان كان قد نزع على اقل قليل المشتري بعد تسجيل شرائه بانذار الشركاء يقوم مقام رفع هذه الدعوى (13) .

(5) ينص الظهير الالتزامات والمقود على انه يجب على الشفيع ان يؤدى للمشفوع منه الثمن والمصاريف داخل ثلاثة ايام من تاريخ طلبه للشفعة ، ولا يضر في ثل هذا القانون ان يقع هذا الاداء بعد انتهاء السنة بيسوم او يؤمى فيما اذا لم يتم الشفيع بطالب الشفعة الا في اليوم او اليومين الاخيرين من السنة (14) . وثبو في هذا يخالف الفقه المالكي

(1) انظر صفحة : 258 (2) انظر صفحة : 74 وما بعدها .

(3) انظر صفحة : 274 وما بعدها (4) انظر صفحة : 364

(5) انظر صفحة : 117 (6) انظر صفحة : 285 وما بعدها .

(7) انظر صفحة : 357 (8) انظر صفحة : 174 وما بعدها .

(9) انظر صفحة : 176 (10) انظر صفحة : 268

(11) انظر صفحة : 371 (12) انظر صفحة : 156

(13) انظر صفحة : 309 وما بعدها (14) انظر صفحة : 370

تقي لا يوجب على الشفيع ان يؤدي الثمن داخل ثلاثة ايام الا عندما تأمر المحكمة بذلك
 جاء على طلب المشفوع منه ، ولا يضر ان لا يصدر هذا الامر الا خارج السنة وممرد
 مرور اكثر من ثلاثة ايام من تاريخ طلب الشفعة الذي وقع داخل السنة (1) .

كما انه يخالف التشريع المقاري من حيث ان هذا التشريع يوجب ان يقع كل
 طلب الشفعة واداء الثمن داخل الاجل الذي يخضع له الشفيع (2) .

ونبين من هذا كله ان الاصل التشريعي قد خالف المذهب المالكي
 في بعض المواضع ، وان المخالفات التي وردت في القانون المقاري للمذهب المالكي
 هي غير المخالفات التي وردت في ظهير الالتزامات والمقود .

كما يتبين ايضا انه لا يمكن ان يطبق قانون الالتزامات والمقود على نفسه
 بل على غيره الفقه المالكي ، فالرأى الوجه الصحيح الذي يتبين بينهما . ولهذا
 جاء انه مادام العقار غير المحفظ يخضع للفقه المالكي ، فانه يتمين قصر تطبيق
 حكم الشفعة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والمقود على المنقول المشاع .

(1) انظر صفحة : 151

(2) انظر صفحة : 337

خاتمة

في نفي الكلام على الشفعة ، تمت بما التزمت به من جمع الاحكام المنظمة لهذا النوع من مختلف المذاهب الفقهية . وعملت على تنظيم تلك الاحكام وتنظيمها يجعل من السهل الرجوع اليها ، والاستفادة منها . كما انني عملت على امتداد جمع ما يتصل بموضوع الشفعة من القواعد والاحكام التي استنبطتها فيها ، من اجابا لكي خذل مختلف المعسر ، مع تعيين الاحكام التي يجب تطبيقها في نايحة .

كما ان مختلف من هذا البحث ان ناسم الشفعة يعمد على تقليل الشركاء ، وحارب الاثار التي تنج عن دخول شخص اجنبي في المشاريع المشتركة ، وما قد يترتب من تفتيت ذلك المشروع او عرقلة سيره بسبب عدم تعاون باقي الشركاء مع هذا الريب الجديد . كما ان هذا النظام يمد من طفيان بعض الشركاء عند البعض الآخر من غير ضم حصة او حصص بعض الشركاء الآخرين والاستئثار بها .

يا رجوع الى ما سقت من الاحاديث التي وردت في الشفعة ، والتي ثبتت حرق الشفعة في غلة ما باعه شريكه . ومن اصحاب الحديث الذي رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه : (قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم . فاذا ورد الحدود وبرت الاري ، فلا شفعة) يتبين لنا ان حق الشفعة ثابت للشريك وانه لا ينفي هذا الحديث وما يطالبه من الاحاديث الصحيحة التي ورد كثير منها في صحيح كتب الحديث كصحيح البخاري ومسلم . الشيء الذي لا يمكن معه التشكيك في صحة هذه الاحاديث وما يستفاد منها من ثبوت الحق للشريك في الشفعة . لهذا لا يوجد في أي مذاهب من المذاهب الفقهية من ينكر على الشريك حقه في ان يشفعه ما باعه شريكه . وهذا يعني ان حق الشريك في الشفعة ثابت بالسنة ، كما انفق عليه اجماع علماء الفقه وأئمة المذاهب .

كما نلاحظ على تمسك المسلمين بهذا النظام واعترافهم بحق الشريك في شفعة ما انتقل الى مالك يديد من الملك المشاع انهم اباوا على تطبيق هذا النظام دائما وفي مختلف النصوص كما سهر الفقهاء المسلمون على تنظيم قواعد واستنباط الاحكام التي تضمن تمكين الشريك من استعمال حقه في الشفعة في سهولة ويسر .

ياصر الفقهاء ان كل عمل يقصد به تفويت حق الشريك في الشفعة او وضع البراتيل التي تؤدي الى حرمانه من حقه يعتبر عمدا غير مشروع ياظم . ا حبه ، ويسر عليه ، ويحق للشريك الحق في الشفعة متى زال البراتيل وارتفعت الموانع .

ولهذا كله نرى أن القانون السعوي لم يكن على صواب مما نرى نظام
الشفعة . لأنه أهمل حقا ثابتا للشريك بنصيبه من الشفعة . واجماع فقهاء
جميع المذاهب الاسلامية مما يمد معه هذا الإلزام خالفه نسبة الامامية .
لأن كل ما ثبت من طريق واحد هذين المذاهبين - فاحرى ما ثبت مما - يعتبر
من القواعد الاساسية للشريعة . ولا مجال لانكاره او خالفه .

زيادة على أن المشروع السعوي - بالغائه لنظام شفعة - من القواعد
التي كان يجنبها من هذا النظام ، والتي تمثل كما جردنا في شعبة تفتيت
المشارك او دخول شريك جديد قد لا يتطابق مع باقي الشركاء ، او ليس احد الشركاء
عن طريق جمعه لحصول الشركاء الراغبين في التحجج من الشفعة .

ومما قيل في الاصرار التي تنجم عن الشفعة هي - على الصحيح - بعضها
انصرار يسيرة لا يمكن ان تقارن بالمصالح التي ترتبط على الشفعة . زيادة على ان يمكن تجنب هذه
الاضرار ، او على الاقل التخفيف منها الى أقل قدر ممكن . وما لا يوجب ان يقام
ما قرروا من القواعد التي فصلناها فيما سبق . والتي من جنبها تحصيل أجل لممارسة
الشفعة وإعطاء الحق للمشفوع منه في ان يلحق الشفعة بالحق في حق من الشفعة .
والاعتراف منه بحقه في تلك الشفعة الى ان تمنح له الحصة . وحده في امتناع جميع
ما دفعه في سبيل الحصول على تلك الحصة مما عرته عليها من عقبات .
اولا لمحافظة عليها . ويمكن ايضا ان تواف احكام اخرى لتلحق حق الشفوع منه
والعمل على التخفيف الى أقصى حد من الاضرار التي تسببها له الشفعة .

على أنه يمكن القول بان المشفوع منه ليرثه الحر في ان يتكون نظام الشفعة .
ولا أن يدهس اسمه ضرر منها ، لأنه حينما انتهى الحصة الشائعة كان يعلم ان للشريك
الحق في ان يشفعها منه ، وبذلك يكون قد أوتى بهذا النظام متاعا على أساسه .
وكان حرا في ان يشتري الحصة الشائعة بما يترتب على ذلك الشره من المخاطرة ، او لا
يشتريها فيتجنب كل ضرر يلحقه من الشفعة .

ويمكن ان نستخلص من البحث الذي خصته الشفعة في الفقه الاسلامي ، ان الفقهاء
المسلمين اهتموا بهذا الموضوع اهتماما بالغاً ، ودرسوه دراسة واعية . بحيث يمكننا
القول بأنه لا يمكن ان تمر مشكلة تتعلق بالشفعة ، الا وجد لها حرج في كتب الفقهاء .
كما يمكننا ان نستنتج من استمرار آراء فقهاء المذاهب انه لا توجد خلافات جوهرية
فيما بينها فيما يتعلق باحكام الشفعة ، لأن اغلب الاحكام والنقطة الجوهرية متقاربة
في هذه المذاهب .

وانا كان يوجد ثمة احكام ثانوية اختلف فيها علماء الفقهاء ، هذا الاختلاف ليس
ضررا ، بل ان فيه خيرا كثيرا ، لأنه هو الذي أثار الفقه الاسلامي ، وأغناه بكثير من
التفاريح ، ويبدل من الآراء ، كما انه يدل على حرية الرأي التي يتمتع بها الفقهاء ، والتي
تتيح لهم كل الفرص للدلالة بأرائهم ، ونفسح لهم المجال لمزيد من تفكيرهم والدفاع عنها

بالحجج العقلية والنقلية . ومناقشة آراء الآخرين وفقدنا نقداً حياً يعتمد على الحجة
والاقتناع ، ويتوخس الوصول الى تحقيق العدالة وإعلاء كل ذي حق حقه ، وتطبيق النصوص
الشرعية تطبيقاً سليماً .

ولهذا نجد في الشفعة مجالاً خصباً للقارات الفقهية في المذاهب ، واستعراض
الأحكام التي استنبطها فقهاء كل مذهب ، والبحث في الحجج التي استند اليها
كل فريق ، وتتبع طريقاتهم في إيجاد الحلول التي رأوها مناسبة لكل المعلقة
بالشفعة ، ثم تقييم هذه الحلول . وتلك الحجج لترجع اجمالاً الى ما يلي : إما ان حجة
أقوى ، وإليكم ان نستفيد من هذه المذاهب كلها على وجه تجريبي ، اني نجد هذا
عنده بعض المذاهب دون البعض . وبذلك نقيم نظاماً متكامل في موضع الشفعة يكون نموذجاً
للتكامل بين المذاهب الاسلامية واستفادة بعضها من بعض ، فإني أرى عند من
الفقه الاسلامي يكون مظهرها من مظاهر وحدة المسلمين ، تلك الحجة التي تؤكد هذا
وحدة المصادر التي يستنبطون منها أحكامهم ، ويرجعون اليها لتوضيح أي حجة كانت لهم .
كما يمكننا ان نستخلص من هذا البحث الشفعة شأن حي في الفقه الاسلامي
ومسايرته للظروف ، وقابليته للمراجعة وإعادة النظر .

ذلك انه باستعراض أحكام الشفعة يتبين لنا ان هذه الأحكام خيراً عليها
كثير من التطورات خلال الفصول الماضية . وان كثيراً من هذه الأحكام غير متطابقة
والبيئات . وان الفقهاء كانوا يعطون في كل عصر على غاية الاحتياج
الحلول للقضايا الماثرة ، او مراجعة الحلول التي قل بها السابقين ، وتجديداً لتصبح
ملائمة للظروف الجديدة .

وإذا تتبعنا التاريخ الذي طرأ على الشفعة منذ العهد النبوي الى الآن نجد
ان هذه القواعد كانت في اول الامر بسيطة بسيطة ، تتلاءم مع ظروف وبيئة البيئة التي نشأ
فيها الاسلام ، ومسايرة حياة الناس ، وتسايرهم فيما بينهم ، وولادة لجوهر المحاكم .
لكن عندما تشابكت المصالح ، وضعف الوازع الديني في نفوسهم ، وأصبح
أكثر الناس يؤثر مصلحته المادية ، ولا يؤمن بحقوق الغير ، انما اصرح ذلك ، أصبح
الفقهاء مضطرين الى تفصيل أحكام الشفعة ، وتوضيح فيها ، وإيجاد الحلول لكثير
المشاكل التي تتعلق بهذا الموضوع ، كما فعلوا ذلك في جميع نواحي الفقه ، وبذلك
أثرى العلماء الفقه الاسلامي بحجوشهم ، وأغنوه بداراستهم .

ومن انني كنت بجمع كل ما يتعلق بالشفعة في مختلف المذاهب الفقهية ،
وعملت على عرض آراء مختلف الفقهاء في هذا الموضوع ، ومبادئ الحجج التي تعتمد عليها كل
فريق . فقد عانيت عناية خاصة بتفصيل أحكام الشفعة في الفقه المالكي ، وتتبع جميع
الدقائق والجزئيات ، وتعرضت لكثير من النوازل والفناني في الموضوع . ان المقصود من
هذه الرسالة - كما قلت في المقدمة - هو اولا وقبل كل شيء جمع قواعد الشفعة المتفرقة
في كتب الفقه المالكي ، وتنظيمها ، وترتيبها . ليسهل الرجوع اليها ، واستفادة منها ، تأمل اني

بينت في كل مسألة تعددت فيها أقوال فقهاء المالكية والنور الذي يجري به العمل وما هو الراجح والمشهور منها .

ولا يعني ذلك أنه يجب أن تبقى قواعد الفقه جامدة غير متطورة ، وإن طرأ عليه الفقهاء السابقون هو الذي يجب أن يستمر به العمل دائما من غير أن يكون للفقهاء والقضاة أي حق في إيجاد حلول أخرى للقضايا التي استنبط لها الفقهاء السابقون الأحكام المنصوص عليها في كتبهم ، واستنباط أحكام للمشاكل المستجدة ، لأن ذلك يؤدي إلى جسد الفقه بوقوفه في وجه كل تطور . وهذا يتناقض مع ما ذكرناه في مقدمة هذا البحث من أن الفقه الإسلامي يتميز بأنه فقه متجدد متطور ، واستشهدنا على ذلك التطور الذي حدث في قواعد الشفعية نفسها . ولذلك يمكننا أن نقول أنه من الممكن أن يتوصل الفقهاء إلى حلول أخرى غير التي توصل إليها الفقهاء السابقون ، وذلك لأن التطور ينتج تلقائيا لم تكن ، ويشير مشاكل لم يسبق أن أثيرت ، فيحتاج الفقهاء إلى البحث عن أحكام تلك القضايا التي درسها الفقهاء ، وبحثوا لها عن الحلول اللاحقة بها مما يتناسب مع ظروفهم ، ويمكن عند ما تتغير الظروف أن تصبح تلك الحلول غير صالحة فيستعني ذلك من الفقهاء أن يعيدوا النظر في تلك القضايا ، وأن يراعوا الظروف الجديدة التي يحدثها عن الحلول المناسبة لها .

وفي هذا العصر الذي أصبح التدوين هو المبدأ المعمول به في أغلب الدول ، ومنها المغرب ، وأصبحت عملية التدوين تقوم بها جماعة من المتخصصين ، وتخضع لكتير من المراقبة والمناقشة من طرف ممثلي الأمة (وفيهم العلماء ورجال الفقه) الذين يشكلون الأداة الفعالة للمحافظة على مطابقة التدوين للنظام العام الذي تدير عليه الأمة ، فإننا نرى أن ذلك يشكل عظمة كبرى عند كل تحريف أو خروج عن الجادة الأساسية التي قام عليها الفقه الإسلامي التي ما أهمها وجوب اتباع ما ثبت بالقرآن والسنة والإجماع ، مما يعني أنه يجب على المسلمين أن يتمسكوا بالقواعد الأساسية المنظمة للشفعية ، ومنها الواردة في السنة الصحيحة ، والتي اثبت عليها علماء الاسلام . كما يجب مراعاة القواعد العامة التي جاءت بها الشريعة الاسمية عند العمل على استنباط الأحكام التي تلبي على القضايا الجديدة .

ومن دراستنا للشفعية ، وقيامنا بالمقارنة بين الأحكام التي تتعلق بهذا الموضع في مختلف المذاهب ، واستمرارنا للحجج التي اخرج بها كل مذهب منها لتأييد رأيه ، يمكننا أن نستنتج أن الحجج التي يستند اليها المالكية ترجح في الغالب على حجج مخالفيهم .

ففيما يتعلق بالحجج التقليدية نراهم يعتمدون على السنة الصحيحة التي لا جدال فيها ، والتي لم يستطيع غيرهم من أصحاب المذاهب الاخرى ردّها او الطعن في صحتها . كما انهم يتمسكون بأثر السلف الصالح ، و آراء الفقهاء الاوائل من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وفيما يتعلق بالحجج العقلية ، نرى المالكية يعتمدون في استنباط أحكام القضايا التي

لا تنص فيها على القياس الصحيح وعلى الاستحسان الذي هو عندهم التطبيق المطبق
للقواعد الشرعية والشرع بين بعض هذه القواعد - عند تعارضها - بحسب ما
تحققه من المصالح التي جاء الاسم لتحقيقها ، كما انهم يعتمدون على المرف الذي
لا يستقر - كما هو معلوم - في اية بيئة اسلامية ، الا اذا كان موافقا لتعاليم الشرع ،
ومتماشيا مع قواعده .

وما ان المقصود من الدراسات الفقهية المقارنة . الا طرح على المذاهب الفقهية
وآراء اصحابها ومعرفة وجهة نظر فقهاء كل مذهب . ثم الاستفادة من هذه المذاهب .
عن طريق سد الثغرات التي توجد في بعضها بتبني الحلول التي استنبطها علماء المذهب
الاخرى الوبتعد يل بعض الآراء بآراء فقهاء آخرين اذا تبين من المقارنة انها ارجح من حيث
الدليل ، او انها تحقق مصلحة اكثر .

وبناء على هذا يمكننا ان نستفيد من هذه الدراسة المقارنة عن طريق اقامة
نظام متكامل للشفعة . وذلك بتبني الاحكام التي توجد في بعض المذاهب دون البعض .
وبالنسبة لنا نحن المالكية . وبالرغم من انه تبين لنا ان فقهاء
هذا المذهب قد توسعوا في دراستهم للشفعة ، واستوعبوا جميع ما يتعلق بهذا الموضوع ،
فانه يمكننا ان نستفيد من هذه المذاهب الاخرى ، واما عن طريق تبني بعض الاحكام التي
يقول بها اصحاب تلك المذاهب مما لا يوجد له مثيل في المذهب المالكي ، واما عن غير
تغيير بعض الاحكام التي تبين لنا ان جميع المالكية فيها اضعف من جميع المذاهب الاخرى .
وهكذا يمكننا ان نتبنى مشاء ثبوت الشفعة في المنقول المشتركة على الشياخ . وهو القل
الذي قال به اصحاب المذهب الظاهري . وكذلك ثبوت الشفعة في العقار المشترك على الشياخ
كان مما لا يقبل القسمة الميضية ، وهو ما كان يقوله الحنفية ، ويقول به الاظم مالك ايضا .

لائحة المراجع

اهم المراجع التي اعتمدت عليها في القسم الاول من هذه الرسالة هي التالية :
في مرتبة حسب اهميتها : بحث . كما يتبين ذلك من عدد المرات التي ورت الاشارة
اليها في الهوامش :

تأليف سيدي عبد الباقي الزرقاني المتوفى
سنة 1099 شرح فيه مختصر الامام ابي
الضياء سيدي خليل المتوفى سنة 776.
المطبعة الاميرية ببغداد .

الزرقاني

تأليف امام المحققين ، وتاج فخر العلماء
المدققين سيدي محمد البناني الفاسي
المتوفى سنة 1194 وهو مطبوع بها منش
الزرقاني المذكور اعلاه .

حاشية الشيخ

لخاتمة المحققين ابي الحسن علي بن عبد السلام
التسولي المتوفى سنة 1258 وقد شرح فيه
الارجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي ابي بكر
محمد بن محمد بن عاصم الاندلسي المتوفى
سنة 829 .

البهجة في شرح التحفة

مطبوعة الشرف بمصر .

للإمام سيدي محمد بن أحمد بن محمد بن
يوسف الرهوني المتوفى سنة 1230 .
المطبعة الاميرية ببغداد .

حاشية الشيخ الرهوني

لشرح مختصر ابي الضياء خليل . تأليف ابي
عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن
المفريسي الاصل المكي المولد المعروف
بالخطاب . المتوفى
سنة 954 .

مواهب الجليل

مطبوعة السعادة بمصر .

في اجوبة اهل فاس وغيرهم من البدو والقري
ويسمى ايضا بالمعيار الجديد المغرب عن
فتاوي المتأخرين من علماء المغرب . تاليف
الشيخ العلامة ابي عيسى المهدي الوزاني
المتوفى سنة 1324 .
المطبعة الحجرية بفاس .

المعيار المغرب

والجامع المغرب عن فتاوي اهل افريقية والاندلس
والمغرب . تاليف ابي العباس احمد بن يحيى بن
محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي
المتوفى سنة 914 .
المطبعة الحجرية بفاس .

الفتاوى الكبرى

للامام مالك بن انس . امام دار الهجرة
ومؤسس المذهب المالكي . المتوفى سنة 179 .
مطبعة الحاج محمد افندي ساسي بمصر .

الفتاوى

لابي محمد عبد الله بن محمد بن قدامس
المتوفى سنة 630 على مختصر ابي القاسم عمر
ابن الحسين بن عبد الله الخرقى المتوفى
سنة 334 .

وطبع معه الشرح الكبير على متن المقنع لشمس
الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن ابي عمرو احمد بن
قدامة المقدسي . المتوفى سنة 620 .
منشورات المكتبة السلفية ومكتبة المصطفى .
على شرح الكنز للعلامة السيد محمد بن ابي
السعود المصري الحنفية
المطبعة الاولى .

فتح الله النعمان

الهداية

شرح بداية المبتدئ تاليف شيخ الاسلام هان الدين
علي بن ابي بكر المرغيناني المتوفى سنة 593 وهو مطبوع
مع شرح العناية للامام اكل الدين محمد بن محمود
البايزي المتوفى سنة 786 .
مطبعة مصطفى محمد بمصر .

بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع . تأليف علاء الدين أبي بكر
ابن مسعود الكاساني الحنفي . المطبوع بمطبع
العلماء المتوفى سنة 587 .

مطبعة دار الكتاب العربي بمصر

فتح المومنين

في شرح الوجيز . تأليف أبي القاسم عبد
الكريم بن محمد الراقي المتوفى في سنة 523
مطبوع مع المجموع شرح المذهب بإدارة المطابع
الخيرية .

غنة المعاصر والتاليف

وتأثير الفشتالي . تأليف أبي المبرور
علي أحمد النشريسسي " مؤلف المعيار المذكور
تأليفه " .

طبعة الحجرية بفنارس .

النجاح الاكبر

مختصر خليل . تأليف أبي عبد الله سيدي محط
أبي يوسف أبي القاسم المكي المعروف بالمواقف
المتوفى سنة 897 . مطبوع بهامش
أعاب الجليل المذكور أعلاه .

حاشية المهدي الوزاني

على التحفة . وهو حاشية على شرح التحفة
أبي عبد الله محمد التاودي بنسودة . تأليف
الشيخ المهدي الوزاني المذكور أعلاه .
الطبعة الحجرية بفنارس .

الدر الثمين

على أجوبة أبي الحسن الصغير . تأليف الامام
الحكمة أبي اسحاق ابراهيم بن هلال السجلاني
المتوفى سنة 903 .

طبعة الحجرية بفنارس .

المقدم الخاطم

حكم فيما يجري بين ايديهم من الحقوق والاحكام تأليف
شيخ الفقيه أبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون
الكناني المتوفى سنة 741 .

مطبوع بهامش تبصرة الحكم لابن فرحسون .
الطبعة المأرقة الشرقية .

اعلام الموقمين

عن المالين تاليف شمس الاسلام ابي عبد الله
محمد بن ابي بكر المعروف بابن القيم الجوزية
التي سنة 751.
طبع السعادة بالقاهرة.

تحفة الحبيب

على الخطيب المسمى بالافتاح في حل الفاظ
ابي تاليف الشيخ سليمان البجيرمي
طبع التقدم بـ.

تحفة الفقهاء

الدين المعروف بـ
التي سنة 539 هـ
تأليف حمد المنصر الكتاني . والكثير
وهية التحلي .

المجلد

طبع الكريد مشـ
تاليف سام ابي محمد علي بن احمد بن سعد بن
حرف في المتوفى في سنة 456 .
المسألة المنور بـ.

وهناك مصادر ثانوية اخرى عديدة وردت الاشارة اليها في مواضع الرسالة من كتب للحديث
والنقد في مختلف المذاهب النية . بها :

الجامع الصحيح المند

لـ محمد بن اسماعيل البخاري
التي سنة 256 .

الجامع الصحيح المند

لـ محمد بن الحجاج القشيري النيسابوري
التي سنة 261 .

صحيح ابي داود

لـ داود سليمان بن الاشعث السجستاني
التي سنة 275 .

تكملة النسائي

لـ محمد بن عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائي
التي سنة 303 .

الموسوعة

لـ مالك بن انس المذكور اعلاه .
شرح حن الترمذي . للقاضي عياض السبتي البصري

عائدة الاحمدي

أما المراجع التي اعتمدت عليها في القسم الثاني فهي التالية :

الوسيط

للدكتور عبد الرزاق أحمد السنيوي .

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر .

التحفيظ العقاري والحقوق

تأليف الدكتور الأستاذ طومون الكزبري

المينة الاصلية والتبعية

مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء .

التحفيظ العقاري بالمغرب

تأليف الدكتور محمد مهدي الجهم

مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء .

مجلة القضاء والقانون

مجلة تصدرها وزارة العدل بالرباط .

قضاء المجلس الاعلى

مجلة تصدرها وزارة العدل بالرباط .

مجلة المحاكم المغربية

مجلة تصدرها هيئة المحامين بالدار البيضاء .

قرارات محكمة الاستئناف

مجلة كانت تنشر بالفرنسية تتضمن الاحكام التي تصدرها

محكمة الاستئناف بالرباط .

وقد ترجم الأستاذ محمد العربي المجهود مجموعة

الاحكام الصادرة خلال سنوات 28-1930 .

42-1944 . مطبعة دار النشر المغربية

بالمغرب . للدكتور إميل برينو (بالفرنسية)

طبع بطبعة سنة 1955 .

ممارسة الشفعة امام المحاكم الفرنسية

وهناك احكام لم يسبق نشرها وهي مأخوذة من اصول الاحكام بالمحاكم

المغربية المشار اليها بهوامش الرسائل .

خطبة الكتاب

مقدمة تمهيدية

- 07 (1) الشفعة في اللغة
- 07 اشتقاق كلمة الشفعة
- 07 سبب تسمية الشفعة
- 08 (2) الشفعة في الفقه
- 11 الشفعة على خلاف القياس
- 11 (3) دليل ثبوت الشفعة
- 12 (4) حكمه مشروعية الشفعة
- 15 (5) الاضرار التي شرعت الشفعة لرفعها

248 - 20

القسم الأول

الشفعة في الفقه الاسلامي

137 - 21

الباب الأول

أركان الشفعة

64 - 22

المطلب الأول

الشفيع

35 - 22

البند الأول

من هو الشفيع

- 24 النقطة الأولى : حجج كل راي
- 28 النقطة الثانية : مناقشة هذه الحجج
- 33 النقطة الثالثة : مناقشة ابن القيم
- 34 النقطة الرابعة : الخلاصة

53 - 36

البند الثاني

الشريك الذي ثبت له الشفعة

- 36 النقطة الأولى : شروط الشفيع
- 36 الشرط الأول : ان يكون شريكا على الشياح

- 36 الشريك بمساحة معينة
- 38 صاحب العلق
- 38 الشريك المفروض
- 38 الشرط الثاني : ان يكون شركا في الرقبة
- 39 يستحق الشفعة :
- (1) الممزر
- 39 (2) الحارس
- 41 (3) المعير
- 42 ويستحق الشفعة :
- (1) الشريك في الحائط المشترك
- 43 (2) الشريك في الطريق او في احد المرافق
- 43 (3) الموصى له ببيع نصيب في عقار
- 44 (4) الشريك للوارث الذي ياخذ نصيب موروث عن طريق التقويم
- 45 الشرط الثالث : ان تكون شركته ثابتة
- 46 الشرط الرابع : ان يكون مليئا بالثمن
- 47 النقطة الثانية : هل يجوز للشريك ان يشفع من اجل ان يفوت للغير ما
- شفعه

54 - 64

الباب الثالث

شخصية الشريك

- 54 النقطة الاولى : الشريك المحجور
- 55 (1) اذا كان للمحجور ولي
- 59 (2) اذا كان المحجور متهما
- 60 النقطة الثانية : الشريك الجنين
- 60 النقطة الثالثة : الشريك المريض والمفلس
- 61 النقطة الرابعة : اذا كان الشريك شخصا غير طبيعي او غير مسلم
- 61 اولا : اذا كان الشريك شخصا غير طبيعي
- 63 ثانيا : اذا كان الشريك شخصا غير مسلم

65 - 97

المجلد الثاني

المشقة

65 - 88

الباب الاول

آراء الفقهاء في الشيء المشقة

- 65 النقطة الأولى : آراء الفقهاء في تحديد الشيء المشفوع
 65 أ - تحديد مفهوم العقار
 66 ب - تحديد العقار الذي تجب فيه الشفعة
 66 المذهب الأول : لا تثبت الشفعة إلا في العقار الذي يقبل القسمة
 68 المذهب الثاني : تثبت الشفعة في كل عقار . ولا تثبت في الموقوف
 68 المذهب الثالث : تثبت الشفعة في العقار وفي المنقول
 71 النقطة الثانية : المقارنة بين الآراء .

المبحث الثاني

97 - 74

المشفوع حسب المذهب المالكي

- 74 النقطة الأولى : الشفعة في العقار .
 76 النقطة الثانية : الشفعة في الثمار والزرع
 76 أولا : الشفعة في الثمار
 77 أ - إذا بيعت الثمار مع العقار
 79 ب - إذا باع الشريك نصيبه من الثمار وحدها
 82 ثانيا : الشفعة في الزرع
 83 النقطة الثالثة : الشفعة في الكراء
 83 أولا : الشفعة في الكراء المأني
 86 ثانيا : الشفعة في الكراء المؤبد " الجلسة " والجزاء " والزينة "
 91 النقطة الرابعة : الشفعة في المنازعة والسهمية والرهـن
 91 أولا : الشفعة في المنازعة
 93 ثانيا : الشفعة في السهمية
 94 ثالثا : الشفعة في الرهن
 95 النقطة الخامسة : الشفعة في الماء والحيوان
 95 أولا : الشفعة في الماء
 96 ثانيا : الشفعة في الحيوان
 97 ثالثا : لاشفعة في المنقولات

119 - 98

الفصل الثالث

المشفوع من

111 - 98

المبحث الأول

انتقال الملكية بعوض

الفرع الاول : الشفعة في البيع

النقطة الاولى : البيع بالمزيد

النقطة الثانية : الشفعة في البيع الفاسد

النقطة الثالثة : الشفعة في البيع بالخيار

اولا : الخيار الشرطي

ثانيا : الخيار الحكمي

النقطة الرابعة : الشفعة في بيع الثمن وفي الاقالة

أ - الشفعة

ب - الاقالة

الفرع الثاني : الشفعة في المعاوضات

(1) هبة الثوب

(2) المصلحة

(3) الماقلعة

المبحث الثاني

انتقال الملك بغير عوض

(1) انتقال الملك بغير عوض

(2) انتقال الملك عن طريق التبرعات

(3) احكام الشفعة في التبرعات حسب المذهب المالكي

أ - الوقف

ب - الوصية

ج - النحلة

المبحث الثالث

الشفعة تثبت ضد الاجنبي والشريك

الفصل الرابع

الشفعة في البيع

المبحث الاول

ما يؤديه الشفع في البيع والمعاوضات

النقطة الاولى : ما يؤديه الشفع في البيع

(1) اذا كان الثمن مجزأ

(2) اذا كان الثمن مؤجلاً

اولا : اذا طالب الشفع بالشفعة عند ابتداء الاجل

صفحة

124

ثانيا : اذا طالب الشفيع بالشفعة خلال الاجل او في نهايته

126

النقطة الثانية : ما يؤديه الشفيع في الماوضات

128-137

المبحث الثاني

عنصر الثمن واوصافه

128

اولا : عناصر الثمن

129

ثانيا : اوصاف الثمن

130

اولا : اذا اخذ المشفوع منه الحصة مقابل دين كان له على مالكيها

130

ثانيا : اذا دفع المشتري للبائع غير ما وقع عليه المقعد

131

ثالثا : اذا كان الثمن شيئا غير مشفوع

132

رابعا : اذا زاد المشتري للبائع شيئا بعد المقعد

132

خامسا : اذا حط البائع عن المشتري جزاء من الثمن

133

سادسا : اذا استحق الثمن او ظهر فيه عيب

134

سابعا : اذا باع الشريك الشقص وغيره في عقد واحد

134

ثامنا : اذا ادعى المشفوع منه نسيان الثمن او جهله به

135

تاسعا : اذا شفع الشريك قبيل علمه بالثمن

136

عاشر : اذا لم يقبل المشفوع منه الثمن من الشفيع

136

حادي عشر : يحق للمشتري ان يتمسك بالشقص الى ان يحوز الثمن

138-248

الباب الثاني

احكام الشفعة

138-168

المبحث الاول

موجبات الشفعة واجراءاتها

139-147

المبحث الثاني

اثبات الشركة والمماضفة

10

139

اولا : اثبات الشركة على الشفيع

140

ثانيا : اثبات انتقال الشقص الى المشفوع منه بمصر

147-161

المبحث الثاني

اجراء الشفعة

148

النقطة الاولى : اراء العلماء في اجل الشفعة

152

النقطة الثانية : ما ينهي على ان الاجل يتددى من يوم العلم او زوال الطانع

156

النقطة الثالثة : طالب المشتري من الشريك الاعراب من رايه . والى الشريك التأخير

- 156 : رفع المشتري دعوى بالتسليم لراب عن موقفه من الشفعة
 158 : ثانيا : اذا طلب التبرك التأخير
 159 : الحالة الاولى : طلب المبيع التبري لينظر بشفع اولا
 160 : الحالة الثانية : طلب المبيع التأخير لينظر المشفوع
 160 : الحالة الثالثة : طلب المبيع التأخير لاحد من

168_162

المبحث الثالث

اجراء الشفعة

188_169

المبحث الثاني

تأجيل التبرك في الشفعة

173_169

المبحث الاول

الحرف الضام يستحقان الشفعة

174

196_174

المبحث الثاني

حرف الا في الشفعة

174

النقطة الاولى : عند التبرك من حصة واحدة او من عدة مراتب

177

النقطة الثانية : مراتب التبرك عند الشفعة

180

النقطة الثالثة : المراتب تراحم لحي يجب على الشفعة

187

النقطة الرابعة : اذا كان المشتري احد التبرك

201_189

المبحث الثالث

التحريات التي تلحق المشتري عند المشفوع منه

194_190

المبحث الاول

عقوبات الشفعة قبل الشفعة

190

(1) بيع المشتري للشفع

192

(2) تبرك المشتري بالشفع

193

(3) قسمة المشتري للمقارن التبرك

193

(4) كراء المشتري لامتلاك

101_195

المبحث الثاني

حدوث زيادة او نقصا في الشفعة عند المشتري

195

اولا : حكم الزيادة في الشفعة

196

اذا زرع المشتري في الشفعة

196

اذا بنى المشتري او رتب في الشفعة

198

ثانيا : حكم النقص في الشفعة

الفصل الرابع

مفرد حق التمتع

المبحث الأول

مفرد حق التمتع

- 202 أولا : التنازل عن الحصة
- 202 ثانيا : تنازل الشريك بملكه كحق في الحصة
- 203 ثالثا : قيام الشركة بعد الاجتماع
- 204 رابعا : غيبة الشريك بعد طه بموجب التمسك
- 204 خامسا : تقييد نصيب الشريك في السجل
- 205 سادسا : شراء الشريك من الموقوف له او استيفاءه
- 207 سابعا : تسمية الشريك المنسحب
- 208 ثامنا : رؤية الشريك لملكه كحق في الحصة

الفصل الخامس

التنازل عن الحصة

- النقطة الاولى : حكم التنازل عن الحصة
- 209 1- اذا كان التنازل قبل حيازة الحصة
- 210 2- اذا كان التنازل عن الحصة بعد اتمام الحصة
- 211 النقطة الثانية : تنازل أحد الشركاء عن الحصة
- 216 النقطة الثالثة : اثار التنازل
- 218 النقطة الرابعة : تنازل الشريك عن الحصة بعد تأليفها
- 220 النقطة الخامسة : التنازل عن الحصة للشريك الحقيقي

الفصل السادس

الحكماء في حصة

المبحث الأول

اختلاف الموقوف منه والتنازل

- 223 أولا : فيما يتعلق باختلاف الموقوف حول الشركة
- 224 ثانيا : وفيما يتعلق بالتنازل حول الموقوف
- 234 ثالثا : وفيما يتعلق بالتنازل حول الاجتماع
- 235 رابعا : وفيما يتعلق بالتنازل حول الشريك

صفحة

- 226 النقطة الاولى : اختلاف الشفع والشفوع منه حول الشـ
- 230 النقطة الثانية : اختلاف المشتري والباي حول التـ

248_232

الباب الثاني

بقية الاحكام المقررة

- 232 النقطة الاولى : غيبة الشفع او الشفوع
- 232 اولا : الشريك الفائب

232 (1) هل يستحق الشريك الشفعة الا

(2) الاحكام التي تطبق اذا كان يصر الشريك بالباي

233 الحاضر بالشفعة

235 ثانيا : غيبة الشفع من

237 النقطة الثانية : تعدد الشفع والشفع منه وموالبث

237 الحالة الاولى : تعدد الشفع في صفقة واحدة

235 الحالة الثانية : تعدد الشفع من

239 الحالة الثالثة : تعدد البائعين

240 النقطة الثالثة : على من يقع الضمان في الشفعة

244 النقطة الرابعة : من يملك الشفع في الشفعة

246 النقطة الخامسة : مبررات حق الشفعة

403_249

القسم الثاني

الشفعة في القانون المغربي

مقدمة لبيان المجال الذي تطبق فيه احكام النسخة من الشفعة

354_261

الباب الاول

الشفعة في العقارات المحظرة

301_263

الفصل الاول

اركان الشفعة

273_263

الباب الثاني

الشفعة

263 اولا : من يستحق الشفعة

265 ثانيا : لا يجوز تجزئة الحصة موضوع الشفعة

268 ثالثا : حق الاولوية في الشفعة

رابعاً : اذا كان المشتري احد الشركاء

خامساً : تنازل الشريك عن الشفعة

المبحث الثاني

المشقة

النقطة الاولى : الحسوف التي يمكن ان تكون حصة للشفقة

اولاً : الحصة المشاعة في ملكية العقار

ثانياً : الحصة الشائعة في حق الانتفاع بالعقار

ثالثاً : الحصة الشائعة في الانتفاع بالاحياء

رابعاً : الحصة الشائعة في الحق في الكوثر الزرع والكوثر

المبادئ

خامساً : الحصة الشائعة في حق التطهير

سادساً : الحصة المشاعة في الرهن الحيواني

سابعاً : الحصة الشائعة في حقوق الارشاق

ثامناً : الحصة المشاعة في حقوق الجلب الخبز والخبز

النقطة الثانية : لاشقة بين ملك الربة وملك الحراشي الحاربي

المبحث الثالث

المشقة

النقطة الاولى : الشخص الذي تباشر الشفعة منه

النقطة الثانية : البيع الذي ثبت فيه الشفعة

المبحث الرابع

المشقة

النقطة الاولى : ما يجب على الشفيع ان يؤدى تشفعه

(1) الثمن

(2) المصروفات اللازمة للشفقة

(3) المصروفات اللازمة لادارة العقار واستغلاله

(4) قيمة ما ادخل المشتري على الحصة نصيباً عنه

النقطة الثانية : متى يؤدى الشفيع الثمن

المبحث الثاني

احكام الشفعة

المبحث الاول

موجبات الشفعة

صفحة		
302	انتقال الحصة الى المشفوع منه عن طريق البيع	اولا :
304	شركة الشفيع على الشياخ في الحصة المألوب شفعتها	ثانيا :
308	ان يمارس الشفعة داخل الاجل	ثالثا :

المبحث الثاني

اجل الشفعة

309	الشفعة الاولى :	اجل شدة ايام
309	الشفعة الثانية :	اجل الشهري
314	الشفعة الثالثة :	اجل السن
317	الشفعة الرابعة :	احكام تتعلق بهذه الاجال
317	الشفعة الخامسة :	مقارنة بين اجل الشفعة في التشريع المغربي وقوانين
319		البلاد العربية
323	الشفعة السادسة :	اجل الشفعة بالنسبة لمقار في طور التحفيظ

المبحث الثالث

التنازل في الشفعة

329	اولا :	فيما يتعلق بوقف التنازل
331	ثانيا :	فيما يتعلق بقطع التنازل

المبحث الرابع

اجراءات الشفعة

334	اولا :	الاجراءات المتبعة امام المحاكم المغربية
338	ثانيا :	اجراءات الشفعة في قوانين البلاد العربية
339	ثالثا :	مقارنة بين التشريع المغربي وتشريعات البلاد العربية في هذا الموضوع

المبحث الخامس

اشارة الشفعة

343	المطلب الاول :	ممن يتلقى الشفيع الحصة المشفوعة
343	النقطة الاولى :	حق المشتري في الحصة المشتراة
348	النقطة الثانية :	المدة في الشفعة تنحصر بين الشفيع والمشتري
349	المطلب الثاني :	ممن يملك الشفيع الحصة المشفوعة

الباب الثاني

الشفعة في المقبول

المطلب الاول

الاشارة الى الشفعة

356

الباب الأول

الشفيع

360

الباب الثاني

المشفوع

363

الباب الثالث

المشفوع منه

263

اولا : ان يكون اجنبيا غير شريك

264

ثانيا : ان تكون الحصة الشائعة قد انتقلت الى الاجنبي عن طريق البيع او المعاوضة

366

الباب الرابع

المشفوع به

367

اولا : ما يتعلق بما يؤديه الشفيع للمفوع منه

368

ثانيا : ما يتعلق بالوقت الذي يجب على الشفيع ان يؤديه خلاله الثمن للمشفوع منه

387-371

المجلد الثاني

احكام الشفعة

371

الباب الأول

اجل الشفعة واجراءاتها

371

النقطة الاولى : اجل الشفعة

374

النقطة الثانية : اجراءات الشفعة

375

الباب الثاني

مقارنة بين الشفعة في الفقه وفي التشريع

المنبرسي

النقطة الاولى : المواضيع التي خالف فيها التشريع العقاري المذهب المالكي

النقطة الثانية : المواضيع التي خالف فيها المذهب المالكي الالتزامات والعقود

المذهب المالكي

380

خاتمة

385

قائمة المراجع

390

الفهرس