



## سقوط الشفعة

# بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

إعداد

ماهر عبد الرحمن

باحث بالدراسات العليا- كلية الحقوق

جامعة طنطا

## موجز عن البحث

إن الشفعة هي حق<sup>(١)</sup> من الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية، واستمد المشرع المصري أحكام نظام الشفعة من تلك الشريعة الغراء وأفرد لها المواد من ٩٣٥-٩٤٥ من القانون المدني، وجاء بالشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأصلية. ومن هنا فإنه يمكن القول بأن الشفعة في القانون المدني تجد أساسها التاريخي والموضوعي في أحكام الشريعة الإسلامية. ومن أجل ذلك وجب الوقوف أولا على الأساس التاريخي والموضوعي لنظام الشفعة في الشريعة الإسلامية، ومقارنة هذا النظام من حيث تعريفه وأحكامه وأركانه وشروطه وحالات سقوطه بين الفقه والقانون. وسوف نجد أن تلك الأحكام تعكس من ناحية سمو التشريع الإسلامي ومراعاته لمصالح الناس ورفع الضرر عنهم. ومن ناحية أخرى تبرز العلاقة بين قواعد

---

(١) يستخدم المشرع في القانون المدني كلمة "الحق" في الشفعة مرة في المادة ٩٣٦، ويشير إلى الشفعة باعتبارها "رخصة" مرة أخرى في المادة ٩٣٥، وسوف نتعرض لاحقا في المبحث التمهيدي من هذا البحث إلى مناقشة الفرق بين الحق والمكنة أو الرخصة، وهل الشفعة هي حق بمعناه الدقيق أم أنها رخصة أو مكنة قانونية.

القانون المدني وكثير من قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية، ليس فقط في صورة تقنينها - كما في نظام الشفعة - لكن باعتبارها، أيضا، أحد المصادر الأصلية، في حالة عدم وجود نص تشريعي أو عرف، والتي يلجأ إليها القاضي لبحث فيها عن القاعدة التي تحكم النزاع المطروح أمامه، كما نصت على ذلك المادة (١) فقرة (٢) من القانون المدني.

وسوف أتناول في هذا البحث نظام الشفعة من أحد جوانبه وهو "سقوط الشفعة"، وذلك بالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري، للوقوف على العلاقة بين الفقه وبين القانون من جانب، ولإبراز أن كثيرا من قواعد الفقه الإسلامي هي متجددة وصالحة لغير زمان ولغير مكان من جانب ثان. وأخيرا، أن المناط الأساسي في تلك القواعد أنها تتوخي مصلحة الأفراد وتحقيق الأمن بينهم، وأنها تهدف إلى إبطال أسباب النزاع وحسم مادته. ومن هنا تأتي أهمية هذا البحث. وقبل مناقشة نظام الشفعة بشكل عام، وأسباب سقوط الشفعة بوجه خاص، سوف أتعرض في البداية إلى تأصيل معنى "الحق"، ثم تقسيمه عند فقهاء الشرع وفقهاء القانون، ثم الوصول من تعريف معنى "الحق" كمعنى عام، إلى الحق في الشفعة باعتباره أحد الحقوق التي تنتمي إلى طائفة الحقوق المالية.

**الكلمات المفتاحية:** الشفعة، الحق، مكنة قانونية، الفقه، القانون.

## **Fall Of Preemption Between Islamic Jurisprudence And Civil Law**

**Maher Abd-Alrahman**

Postgraduate Studies , Faculty of Law, Tanta University

**E-mail : [maher130048@f-law.tanta.edu.eg](mailto:maher130048@f-law.tanta.edu.eg)**

### **Abstract :**

The preemption is one of the rights established by the Islamic sharia and the Egyptian legislator derived the provisions of the preemption system from that glorified sharia and singled out articles from it from 935-945 of the Civil Code, and came as a preemption as one of the reasons for gaining ownership and original in-kind rights. Hence, it can be said that preemption in the civil law finds its historical and objective basis in the provisions of Islamic sharia For this purpose, it is necessary to stand first on the historical and objective basis of the preemption system in Islamic sharia and to compare this system in terms of its definition, rulings, pillars, conditions, and cases of its fall between the provisions of sharia and law. We will find that these provisions reflect in terms of the supremacy of Islamic legislation and its implications for the interests of the people and the removal of harm. On the other hand, the relationship between the rules of civil law and many rules and principles of Islamic law emerges, not only in the form of codification - as in the preemption system - but also, as well, as one of the original sources, in the absence of a legislative or custom text, which the judge uses to discuss It contains the rule governing the dispute before it, as stipulated in Article (1), Paragraph (2) of the Civil Code.

In this research, I will deal with the preemption system in one of its aspects, which is the fall of preemption , by comparison between Islamic jurisprudence and the Egyptian civil law, to find out the relationship between jurisprudence and law on the one hand. And to highlight that many of the rules of Islamic jurisprudence are renewable and valid for a time and place without a second side. Finally, the main areas of these rules are that they are in the interest of individuals and achieve security between them, and aim to nullify the causes of conflict and resolve its substance. Hence the importance of this research. And before discussing the preemption system in general, and the reasons for the preemption of intercession in particular, I will be exposed at the beginning to the rooting of the meaning of “right”, then dividing it with Islamic scholars and law scholars, and then arriving from the definition of the meaning of “right” as a general meaning, to the right to preemption as one of Rights belonging to the range of financial rights.

**Key words:** preemption, legal right, legal machine, jurisprudence, law.

## تأصيل وتمهيد

إننا نجد أن فقهاء المسلمين قد استعملوا لفظ "الحق" كثيرا وفي غير موضع، و"الحق" يعني في الاصطلاح عندهم: الثبوت والصحة والحكم المطابق للواقع. ولا يفارق المعنى اللغوي المعنى الاصطلاحي السابق، فالحق لغة مصدرا من حَقَّ الأمر حقا وحقوقا، أي: وجب وثبت ووقع بلا شك ولا يسوغ إنكاره<sup>(١)</sup>. وفي كل أبواب الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء قد استعملوا كلمة "الحق" بمعناها اللغوي والاصطلاحي العام هذا، أي بمعنى الثبوت. ويمكن تقسيم "الحق"، من هذه الوجهة، على نوعين: الأول هو الحق الخالص لله تعالى، والآخر هو الحق الخالص للعباد<sup>(٢)</sup>. وحق الله تعالى يتعلق بالنفع العام من غير اختصاص بمكلف بعينه؛ وهو لذلك يُنسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه وشيوع فضله بأن ينتفع به الناس كافة. ولا مدخل للصالح فيه كالحدود والكفارات. وأما النوع الآخر، وهو حق العباد، فهو ينطبق على ما يتعلق به مصلحة خاصة للمكلف كالحقوق المالية والالتزامات والمواريث والممتلكات الشخصية. ويُقبل في هذا النوع الصلح والمعاوضة والإسقاط<sup>(٣)</sup>. ويمكن فهم الربط عند الفقهاء بين الحق والثبوت باعتبار أن منطلقهم في التعريف لـ"حق" بأنه كل ثابت شرعا واستحق الحماية. وعرفوا "الحق" في نطاق حق العباد بأنه "مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستثثار يقررها الشرع"<sup>(٤)</sup>.

وقريبا من هذا يعرف القانون "الحق" بأنه سلطة يقررها القانون لشخص معين تُخوله

(١) كتاب التعريفات: للجرجاني حقيقه وقدام له ووضع فهارسه إبراهيم الإبياري، دار الريان للتراث ١٩٨٣، ص ١٢٠.

(٢) وهناك نوع من الحقوق المشتركة والتي يغلب في بعضها حق الله تعالى ويغلب حق العباد في بعضها الآخر.

(٣) معجم مصطلحات الفقه الإسلامي وأصوله، مجمع اللغة العربية، الطبعة الأولى ٢٠١٤، ص ٣٠٥.

(٤) عيسوي أحمد عيسوي: المدخل للفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة ١٩٦٧، ص ٣٠٥.

الاستثمار أو الاختصاص بمزايا معينة لتحقيق مصلحة جديرة بالحماية<sup>(١)</sup>. والحقوق بهذا المعنى تنقسم في القانون إلى: حقوق عامة من جانب وهي التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة. وهذا النوع من العلاقات القانونية تحكمها وتنظمها قواعد القانون العام. ومن جانب آخر هناك الحقوق الخاصة وهي التي يكتسبها الأشخاص العاديين، سواء أكانوا أشخاصاً اعتباريين أو طبيعيين. وهذا النوع من العلاقات القانونية يحكمها وينظمها قواعد القانون الخاص. والحقوق الخاصة تنقسم بدورها إلى حقوق شخصية وأخرى مالية، والحقوق المالية تنقسم إلى حقوق عينية والتزامات (حقوق شخصية). والحق العيني، وهو ما يعنينا هنا في دراستنا، هو سلطة مباشرة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين. والحقوق العينية إما أن تكون حقوقاً أصلية<sup>(٢)</sup> وإما أن تكون حقوقاً تبعية<sup>(٣)</sup>، وكلاهما ورد على سبيل الحصر في القانون وبالتالي فلا يجوز للأفراد إنشاء حقوق أو ضمانات جديدة غيرها أو الاستبعاد مما هو قائم منها.

وتنشأ الحقوق العينية الأصلية، وبصفة خاصة حق الملكية، عن ثمانية أسباب وردت على سبيل الحصر في القانون<sup>(٤)</sup>، والشفعة - وهي محل دراستنا - تعد واحدة من أسباب كسب الملكية وأسباب كسب الحقوق العينية الأصلية. ويقصد بها رخصة أو مكنة تُجيز

- 
- (١) محمد لبيب شنب ومحمد المرسي زهرة: الحقوق العينية الأصلية، مطبعة كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٥، ص ٧
- (٢) وهي حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر، وحق الارتفاق، وهذه تعالجها المواد التي وردت في الكتاب الثالث من القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- (٣) وتسمى أيضاً (التأمينات العينية) وتتمثل في الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز، وهذه تعالجها المواد التي وردت في الكتاب الرابع من القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- (٤) وهي الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، العقد، الشفعة، الحيازة، أسباب كسب الملكية، الفصل الثاني من الأول في الكتاب الثالث من القانون المدني، المواد من ٨٧٠ إلى ٩٨٤.

في بيع العقار الحلول محل المشتري لمن توافر فيه شروطا معينة حددها القانون. وكما تقدم فإن الشفعة هي أحد الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية وحكمتها الأساسية تتمثل في اتقاء الضرر الذي ينشأ عن مجاورة الأجنبي الدخيل وسوء المشاركة المحتمل. إلا أن هذا الحق -مع ثبوته وأهميته- في أقوال الفقهاء هو من الحقوق الضعيفة، أو حتى يمكن القول إنه من الحقوق غير المستحبة ولذلك فهو يسقط بأقل الأسباب، بل "وأجيز الالتجاء إلى الحيلة لإسقاطه"<sup>(١)</sup>. ويرجع ذلك بالأساس إلى أنه يعتبر تدخلا في حرية العلاقات التعاقدية بين الناس وأنه يكون بمثابة قيد عليها. ومع ذلك فقد تم الإبقاء على الحق في الشفعة في القانون المدني، لأنه رغم كونها قييدا على حرية التصرف، إلا أنها حق له فوائد في المقابل، ومنها دفع الضرر، وجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الشفعة. كما أنه يتسق مع فكرة عدم التعسف في استعمال الحق التي نص عليها القانون المدني في صدر مواده، كما نصت على ذلك المادة (٥) منه في فقراتها الثلاثة، وأيضا على ما نصت عليه المادة (١/٨٠٧) التي تعرضت لبعض القيود التي ترد على حق الملكية بوجه عام وتعتبر من القواعد العامة في هذا القانون، ونصت على أنه "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار". ومن هنا سوف نجد أن الفقه والقانون قد نظما حق الشفعة، كما سنعرض لذلك في المبحث التمهيدي، لكنهما قيادا هذا الحق بعدة قيود، موضوعية وإجرائية، وتوسعوا في أسباب سقوطه على ما سوف نرى في المبحث الأول والثاني.

### إشكالية البحث:

إن نظام الشفعة هو من الموضوعات المتشعبة، سواء من حيث أركانها أو شروطها

---

(١) مصطفى مجدي هرجة: الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٦، ص ٥. واستعمال الحيلة لإسقاط الشفعة قبل ثبوتها هو مذهب أبي حنيفة والشافعي.

أو موانعها أو نطاقها أو آجالها، ولما كان الفقه الإسلامي، المصدر التاريخي لحق الشفعة، ينزع إلى العملية والموضوعية في أحكامه، فهو إن جاز التعبير قانون موضوعي وليس شكلي أي لا يهتم، مثلما يهتم القانون المدني، بمسألتي الإجراءات والمواعيد، ومن هنا تأتي إشكالية البحث والتي تتمثل في الوقوف على مدى التوفيق بين النظامين - على الأقل - في حدود الجانب الذي يتناوله البحث وهو الخاص بـ "سقوط الشفعة"، فتنظيم حق الشفعة في القانون المدني نجد أساسه التاريخي والموضوعي في أحكام الفقه الإسلامي، كما سبق وعرضنا. إلا أننا نجد أن القانون المدني، في حالتي عدم وجود نص قانوني أو عرف، قد وضع قيوداً عامان على القاضي في اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، سواء في الشفعة أو غيرها، بأن جعل الرجوع لأحكامها لتفسير بعض أحكام القانون، بشرط عدم التعارض مع المبادئ العامة للقانون حيث يحتفظ النظام القانوني بانسجامه وتناسقه<sup>(١)</sup> هذا من جانب، ومن جانب آخر أن يراعي، سواء في حالة البحث عن تفسير أو للبحث عن حكم، عدم التقييد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup>.

**منهج البحث:**

يعتمد هذا البحث على المنهج المقارن بين أحكام الفقه الإسلامي وذكر الراجح منه من جانب، وبين أحكام القانون المدني وما يجري عليه العمل اليوم من جانب آخر. والدراسات والأبحاث المقارنة بما تبرزه من أوجه الاتفاق أو الاختلاف يمكن أن تكون أحد سبل تطوير الدراسات الفقهية والقانونية أيضاً.

**خطة البحث:**

ينقسم هذا البحث إلى تأصيل وتمهيد، وثلاثة مباحث رئيسية، يتناول المبحث الأول منها التمهيد والتعريف بنظام الشفعة بوجه عام وذلك قبل التعرض التفصيلي لموضوع

(١) محمود عزمي البكري: الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع (٢٠١٦-٢٠١٧). ص ١٢.

(٢) عبد الحميد الشواربي: أحكام الشفعة في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦، ص ٣.

البحث الأساسي في مبحثين متتاليين وهما: مسقطات الشفعة الاختيارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ثم مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وخاتمة. وبيان خطة البحث على التفصيل التالي:

مبحث تمهيدي: الشفعة كأحد الحقوق المالية.

المطلب الأول: تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المطلب الثاني: أركان وحالات الشفعة والمراكز القانونية التي تجيزها.

المطلب الثالث: كيفية استعمال حق الشفعة وإجراءاتها.

المطلب الرابع: ما يترتب على توافر شروط الشفعة من آثار.

المبحث الأول: مسقطات الشفعة الاختيارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المطلب الأول: إسقاط الشفيع لشفعته صراحة أو دلالة.

المطلب الثاني: نزول الشفيع عن حقه في الشفعة.

المبحث الثاني: مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المطلب الأول: مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: موت الشفيع أو عجزه عن دفع الثمن.

الفرع الثاني: الاحتيال لسقوط الشفعة.

الفرع الثالث: ردة الشفيع أو أنه التحاقه بدار الحرب.

المطلب الثاني: مسقطات الشفعة الإجبارية في القانون المدني

الفرع الأول: عدم الالتزام بالمواعيد القانونية.

الفرع الثاني: موت الشفيع وأثره على مكنة الشفعة.

الفرع الثالث: زوال أحد شروط الشفعة.

الخاتمة.



## المبحث التمهيدي الشفعة كأحد الحقوق المالية

يمكن اعتبار حق الملكية من الحقوق العامة أي التي تثبت لجميع الأشخاص المتمتعين بالشخصية القانونية، وهكذا نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (١٧) منه بأن "لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره". ونص الدستور المصري في المادة (٣٣) على أن "تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة، الملكية العامة، والملكية الخاصة، والملكية التعاونية". ونص في المادة (٣٥) على أن "الملكية الخاصة مصونة". ويمكن تعريف حق الملكية كما نصت المادة (٨٠٢) من القانون المدني بأنه ذلك الحق الذي يعطي "لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه". وأن "مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير" وهو ما نصت عليه أيضا المادة (٨٠٣/١) من ذات القانون. ومن التعريف السابق نجد أن حق الملكية، وهو حق عام لكل شخص، إلا أن القانون والشرع قد قيدها هذا الحق وسلطات صاحبه عليه بحدود التصرفات الجائزة شرعا أو قانونا، وهو قيد يهدف إلى التوفيق بين مصلحة المجتمع ككل ومصلحة المالك الفردية، ومنها قيد الجوار والري والصرف.. وغيرها<sup>(١)</sup>. وحق الملكية هو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا. وتتعدد مصادر اكتساب الملكية ومنها الحيازة والميراث والوصية والعقد والشفعة. وفي البداية فإن دراسة حق الشفعة تطرح عدة مسائل من المناسب أن نتعرض لها حتى نقف على تعريف هذا النظام وأركانه وكيفية استعماله وآثاره قبل التعرض إلى حالات سقوط الحق في الشفعة موضوع هذا البحث، وسوف أتناول هذا التمهيد في عدة مطالب وهي:

**المطلب الأول: تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.**

(١) نبيلة رسلان: شرح أحكام حق الملكية، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص ١٢.

المطلب الثاني: أركان وحالات الشفعة والمراكز القانونية التي تجيزها.

المطلب الثالث: كيفية استعمال حق الشفعة وإجراءاتها.

المطلب الرابع: ما يترتب على توافر شروط الشفعة من آثار.

## المطلب الأول

### تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني

أولاً: تعريف الشفعة لغة واصطلاحاً:

الشفعة لغة من الشفَع وهو ضد الوتر، والعدد الوتر هو العدد المفرد، والشفع في العدد أي جعله زوجاً<sup>(١)</sup>. والشفعة في الدار والأرض هي الضم والزيادة، بأن يضم من له الحق إلى ملكه مال غيره. والشفيع هو صاحب الشفعة. وكانت معروفة عند العرب فمن كان يريد بيع منزل أو حائط<sup>(٢)</sup> أتاه الجار والشريك والصاحب يشفع إليه فيما باع فيشفعه ويجعله أولى به ممن بعد منه، فسميت شفعة، وسمي طالبها شفيعاً<sup>(٣)</sup>. وفي الاصطلاح فإن الشفعة هي حق تملك العقار وما في حكمه إذا بيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن<sup>(٤)</sup>، ومن هنا فإنها تعد سبباً من أسباب التملك الجبري استثناء من الأصل العام وهو التراضي في العقود؛ وذلك دفعا للضرر الذي قد يصيب الشريك

(١) مختار الصحاح: أبو بكر الرازي، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٦، ص ٣٤١.

(٢) الحائط بمعنى الجدار أو بمعنى البستان وهو المقصود هنا.

(٣) السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي ٢٠٠٠، ج ٣، ص ١٥٢.

(٤) محمد محمد فرحات: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي [تاريخ التشريع ونظرية العقد]، دار النهضة العربية ١٩٩٨/١٩٩٩، ص ٢٣١. ويقترب هذا التعريف في لفظه من تعريف مرشد الحيران في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة، حيث نص في المادة (٩٥) منه على أن الشفعة هي تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن أو المؤن". والمؤن تعني التكاليف أو المصروفات الأخرى كنفقات تحرير أو تسجيل البيع. وتعريف الدكتور محمد فرحات هو الأقرب لما عليه العمل الآن حيث استقر الرأي والعمل على أنه لا يجوز كقاعدة عامة تجزئة الشفعة بأخذ بعض العقار المبيع وترك البعض الآخر؛ حتى لا يضار صاحب العقار بتجزئة الصفقة.

أو العار. وهي ثابتة بالسنة والإجماع، ودليل ثبوتها بالسنة ما جاء في حديث جابر بن عبد الله، قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة. ودليل ثبوتها بالإجماع أن اتفق المسلمون على مشروعيتها وفي ذلك يقول ابن المنذر "أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما يبيع من أرض أو دار أو حائط"<sup>(١)</sup>. وحكمة مشروعية الشفعة هي دفع الضرر وهو من الأمور المقررة في الإسلام حيث إن القاعدة في ذلك أنه "لا ضرر ولا ضرار"، سواء كان ضرر سوء المشاركة، أو ضرر مؤنة القسمة. ورغم ذلك فإن الشفعة -رغم مشروعيتها- إلا أنها وقد جاءت على خلاف الأصل والذي هو التراضي بين الناس في البيع، وحرية الفرد في التصرف والتعاقد؛ فإن حق الشفعة هو حق ضعيف، حاول الفقهاء تقييده بجعله ينقضي بمجرد عدم الالتزام بشروطه التزاما صارما، بل وأباح بعضهم استخدام الحيلة من أجل تفويته إن كان يترتب على الأخذ به ضررا أكبر من ضرر تركه"<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: تعريف الشفعة في القانون:

وإذا جئنا إلى تعريف الشفعة في القانون سوف نجد أنه حرص على مثل هذا التقييد أيضاً، بل وتوسع فيه على ما سوف نرى، فالشفعة في القانون ليست حقاً شخصياً أو حقاً عينياً بالمعنى الدقيق"<sup>(٣)</sup>، بل هي "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري"،

(١) تكملة فتح القدير للكمال بن الهمام، مشار إليه في: محمد عزمي البكري: الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) وهذا قول أبي يوسف من الحنفية وعليه الفتوى في مذهبهم، وهو مذهب أكثر الزيدية، لتفاصيل أكثر راجع: عبد الفتاح إدريس: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، بدون ناشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ١٦٨.

(٣) يفرق الدكتور عبد الرازق السنهوري تفريقاً دقيقاً ومستفيضاً بين "الحق" و"الرخصة" في دراسته: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت الطبعة الأولى، ج ١، ص ٩-١٢.

وذلك في أحوال حددها القانون. ورغم أن المشرع في القانون المدني يستعمل كلمة "الحق في الشفعة" في بعض المواد إلا أنه لا يقصد بها دائما "الحق" بمعناه الحقيقي، سواء كان حقا شخصيا أو عينيا، بل إنه عرف الشفعة بأنها "رخصة" أو "مكنة" تجيز لشخص بسبب مركز قانوني خاص به أن يحل محل مشتري العقار. والرخصة هي خيار لهذا الشخص تسمح له بالتعديل من مركزه القانوني من كونه شفيعا إلى كونه مالكا، ومن كونه صاحب "رخصة" إلى كونه صاحب "حق". فهي خيار، في حدود القانون، يُسمح لصاحبه أن يتنازل عنه أو يأخذ به ويعدل مركزه القانوني ويملك العقار المشفوع فيه. كما أنها ليست رخصة عامة، وإنما هي رخصة شخصية للشفيح، وهذا يعني عمليا أن دائني الشفيح ليس لهم اكتساب رخصته في الشفعة على سبيل المثال. ويتضح من التعريف السابق أن الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، يقصد بها ما يرد من هذه الحقوق على عقار دون المنقول. وفي الفقه الإسلامي نجد أن الأمر لا يختلف عنه في القانون حيث ذهب الجمهور بعدم ثبوت الشفعة في المنقولات<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### أركان وحالات الشفعة والمراكز القانونية التي تجيزها

أولاً: أركان الشفعة: يمكن من خلال تعريف الشفعة السابق، سواء فقها أو قانونا، أن نستنتج أنه يشترط لنشوء مكنة أو رخصة الأخذ بالشفعة ركنان أساسيان، ويمكن تفصيلها على النحو التالي:

ففي الفقه الإسلامي يتمثل ركني الأخذ بالشفعة في: الركن الأول يتمثل في اتصال

---

(١) وإلى ذلك ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وبعض الزيدية وجمهور الإمامية، وإن خالف ذلك الظاهرية فقالوا بثبوتها في المنقول، كالحيوان والثياب والسفن. وانظر لتفصيل ذلك: عبد الفتاح محمود إدريس: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٦١.

الأمالك أو تجاوزها، والركن الآخر يتمثل في وجود التصرف الناقل لملك الشريك أو الجار إلى غير شريكه أو جاره بعوض<sup>(١)</sup>.

ولا يبعد عن ذلك القانون، حيث يتمثل ركني الشفعة فيه على النحو التالي: الركن الأول هو توافر مراكز قانونية معينة لأشخاص معينين، واصطلاح على تسمية هذه المراكز بحالات الشفعة. والركن الآخر هو بيع العقار المشفوع فيه لغير الشفيع. وتوافر هذين الركنين يفتح باب الأخذ بالشفعة.

#### ثانياً: حالات الشفعة والمراكز القانونية التي تجيزها:

تثبت الشفعة عند الحنفية للشريك والجار وهو ما يجري عليه العمل اليوم. كما أنها، وعلى خلاف الأصل في البيع الذي يتطلب تراض بين طرفيه، لا يشترط فيها رضا الطرف الآخر، بل تثبت للشفيع جبراً لدفع الضرر عن نفسه، وذلك بإجماع العلماء. وكما تثبت الشفعة للمسلم فإنها تثبت للذمي عند جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

وقد نص القانون المدني في المادة (٩٣٦) منه على أن الحق في الشفعة يثبت في

الحالات التالية<sup>(٣)</sup>:

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

(١) المرجع السابق، ص ٢٠.

(٢) السيد سابق: فقه السنة، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٥٢.

(٣) لشرح مفصل لحالات الشفعة وأسبابها والمراكز القانونية لها في القانون راجع: محمد لبيب شنب ومحمد المرسي زهرة: الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص ٣٢٩:٢١٥. ومحمد عزمي البكري: الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ١٠٤:٥٦.

(هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

(وسوف نجد في تفصيل تلك الأحوال مظاهر التقييد وعدم التوسع التي ذهب إليها المشرع في الأخذ بحق الشفعة باعتبار أن هذا الحق هو نفسه يمثل قيда على حرية التعاقد، وأنه في جانب منه يمثل قسرا على ملاك العقارات في بيع عقاراتهم لأشخاص غير الذين اتجهت إليهم نياتهم في البيع، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل لإحداث إصلاحات ضرورية تعالج المشاكل التي كانت تقع بسبب النظام القانوني للشفعة الذي كان سائدا من قبل<sup>(١)</sup>):

١ - إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

٢ - إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

ويتضح من هذا النص أنه لكي يكون للشخص أن يتمسك بالشفعة يجب أن يكون في مركز أو في حالة من الحالات السابقة تلك، وهذه الحالات تفترض ابتداء وجود وتوفير حق الشفعة للشفيع، سواء كان هذا الحق هو حق ملكية أو حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الحكر.

(١) غاي بيخور: مدونة السنهوري القانونية، نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة: رشا جمال، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، ص: ٣٠٤، ٣٠٥. ويذهب إلى أن القانون المدني الجديد قد تبنى وسيلتين إجرائيتين من أجل تقييد وتحجيم حق الشفعة: الأولى منع ممارسة هذا الحق في بعض الحالات المعينة، والثانية بفرض شروط على الشفعة تؤدي إلى إبطالها إذا لم تتم مراعاتها.

وأيا ما كانت صورة هذا الحق، فإنه يشترط أن يتوفر هذا الحق وقت بيع العقار المشفوع فيه، وأن يستمر هذا الحق إلى حين تمام الأخذ بالشفعة. ويقع على الشفيع عبء إثبات وجود حقه في الشفعة وقت البيع، وإن عجز فلا يثبت له ذلك الحق.

### المطلب الثالث

#### كيفية استعمال حق الشفعة وإجراءاتها

لا يكفي مجرد توافر الحالات أو المراكز القانونية -السابق ذكرها- للأخذ بالشفعة، بل يلزم أن يقوم صاحب العقار المشفوع فيه ببيع هذا العقار، أو بعبارة أدق أن يكون هذا العقار محلاً للبيع، وسواء تمثل هذا العقار في حصة شريك في عقار مملوك على الشيوخ أو عقار مجاور لعقار الشفيع. وفي الفقه الإسلامي يجب على الشريك أن يستأذن شريكه قبل البيع، فإما أن يأذن له بالبيع أو لا يأذن. فإن أذن في البيع سواء صراحة أو ضمناً فلا يكن له الحق في الطلب بعد البيع ويسقط حقه في الشفعة. أما إذا لم يؤذنه فهو به أحق. فإذا توافرت هذه الأركان فإن لصاحب الرخصة في الشفعة الخيار بين تركها وبيئتها على ذلك سقوطها، أو استعمالها وهذا ما سوف نفصل فيه الكلام.

#### أولاً: استعمال حق الشفعة:

للشفيع فور علمه بالبيع أن يطلب الأخذ بالشفعة إذا اختار ذلك، ويفرق الفقه الإسلامي بين طلب الشفعة من الحاضر، أو الغائب أو من في حكم الغائب، كالمريض. فيجب أن يطلب الشفيع الحاضر لمجلس العقد بالأخذ بالشفعة فوراً وإلا سقط حقه فيها، وذلك لما في تراخيه من ضرر للمشتري، وهذا رأي أبي حنيفة والراجح من مذهب الشافعي وإحدى الروايات عن أحمد وإليه ذهب الزيدية وهو مشهور مذهب الإمامية<sup>(١)</sup>.

(١) عبد الفتاح إدريس: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٩٥. وانظر أيضاً السيد سابق: فقه

السنة، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٥٥.

فالشفعة هي حق ضعيف يبطل بمجرد الإعراض عنه. أما إذا كان الشفيع غائباً أو في حكم الغائب، كالمريض والمحبوس، أو لم يعلم بالبيع، فإن حق الشفعة لا يسقط وذلك لما رواه جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقيهما واحداً"، وهذا هو رأي الأئمة الأربعة<sup>(١)</sup>. وفي القانون فإن توافر ركني الشفعة، السابق الإشارة إليهما، يترتب عليه قيام الرخصة في الشفعة للشفيع. ومكنة استعمال الشفعة تثبت للشخص الذي يتمتع بمركز قانوني حدده القانون، ويترتب على أنها مكنة شخصية الآتي:

أولاً: إنه لا يجوز لدائن الشفيع المطالبة بالشفعة نيابة عنه.

ثانياً: إن مكنة الشفعة لا يجوز حوالتها، سواء بمقابل أو بدون مقابل.

والأخذ بالشفعة هو خيار للشفيع يتوقف على إرادته، فيجوز له استعماله أو التنازل عنه، صراحة أو ضمناً. ولا عبرة بإرادة المشتري أو إرادة البائع، بل إن الشفيع يكتسب المبيع جبراً عنهما. والأصل أن رخصة الشفعة لا تنشأ إلا إذا توافرت الأركان السابق الإشارة إليها، وأهمها هنا: بيع<sup>(٢)</sup> العقار المشفوع فيه لغير الشفيع، ويكون من المنطقي أنه لا يجوز التنازل عن الشفعة إلا بعد قيامها، أي بوجود البيع وليس قبله. لكن ونظراً لأهمية تلك المكنة لراغبي الشراء، بحيث قد يقلل استعمال تلك المكنة من الإقبال على الشراء أو يؤثر على الثمن وعلى المعاملات؛ لذلك نص القانون المدني في المادة (٩٨٤/أ) على سقوط حق الشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه في استعمالها ولو قبل البيع؛

(١) عبد الفتاح إدريس، مرجع سابق، ص ١٠٢. السيد سابق، مرجع سابق ص ١٥٥.

(٢) حرص المشرع في كافة نصوص الشفعة على ذكر كلمة البائع أو المشتري، ومفاد ذلك أن الشفعة قاصرة على

البيع. لتفاصيل أكثر راجع، محمود عزمي البكري، مرجع سابق، ص ٣٤.



ومن شأن ذلك أن يؤمن المشتري من الشفيع قبل الشراء، وأن يحرر المعاملات المالية من قيد وجود الشفيع وإمكانية استعماله لمكنته. وإذا توفى الشفيع قبل ثبوت مكنته الشفعية له، أي قبل بيع العقار الذي تقع عليه الشفعية، فلا تنشأ تلك المكنته، ومن ثم لا تنتقل إلى الورثة، فالرخصة لا تورث خلافاً للحقوق. وإن كان لهؤلاء الورثة بصفتهم الشخصية لا بصفتهم ورثة، الحق في المطالبة بالشفعية عند وقوع البيع إذا توفرت لهم شروط الأخذ بها. أما إذا نشأت قبل وفاة الشفيع وأخذ بها، فيصبح له حق في العقار المبيع ينتقل إلى ورثته ضمن تركته.

#### ثانياً: إجراءات الأخذ بالشفعية:

نظراً لأن قواعد الفقه الإسلامي لا تقوم على الشكلية بعكس الوضع في القانون المدني، فإننا لا نجد نص على إجراءات تفصيلية لاستعمال حق الشفعية، ولم يعرف قواعد تسجيل الملكية بالتوسع الذي نعرفه اليوم. فإذا توفرت أركان الشفعية ورغب الشفيع في استعمالها، كان عليه أن يطلب ذلك، وأن يقدم الثمن الذي جاء في عقد البيع، فإن لم يفعل سقطت رخصته في الشفعية. ويطلب الشفيع بأخذ جميع العقار لا بعضه دون بعض، سواء كان الشفيع فرداً، أو كانت الشفعية بين أكثر من شفيع. وإذا تركها بعضهم فليس للباقي منهم إلا أخذ الجميع، وإلا سقطت رخصة الشفعية في الحاليتين<sup>(١)</sup>. ويرى الحنفية وغيرهم، وهو ما جرى العمل عليه أيضاً، أن الشفعية تسقط بموت من تثبت له؛ باعتبار أن الشفعية في أصلها مجرد مشيئة لمن تثبت له بين أن يأخذ أو يترك<sup>(٢)</sup>.

وفي القانون المدني فإن إجراءات الشفعية تختلف من حيث إنها جاءت أكثر تعقيداً، إن جاز القول، وهذا يرجع بالإضافة إلى شكلية القانون المدني من جانب بشكل عام وأيضاً

(١) السيد سابق، مرجع سابق، ج٣، ص ١٥٦.

(٢) عبد الفتاح إدريس: مرجع سابق، ص ٤٢.

تطور وتعدّد الإجراءات فيه، إلى خصوصية نظام الشفعة باعتباره نظاما حاول المشرع، رغم إبقائه عليه، أن يقيده، سواء موضوعيا أو إجرائيا، ذلك أن "الشفعة أدت إلى نشوء موقف يناقض عنصر المنافسة في التعاملات التجارية"<sup>(١)</sup>. وإجراءات الشفعة في القانون تدور بين فرضين لا ثالث لهما، وهما إما أن يقبل البائع والمشتري بحق الشفيع بعد إعلان رغبته في الحلول محل المشتري، أي بالتراضي بينهم دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء<sup>(٢)</sup>. أما الفرض الآخر فهو عدم قبول البائع أو المشتري بحق الشفيع في الحلول محل المشتري؛ ومن ثم يلجأ الشفيع إلى القضاء للحصول على حكم لصالحه بثبوت الشفعة<sup>(٣)</sup>. وأورد المشرع الإجراءات الواجب اتباعها في تلك الفرضية. وبالنظر إلى تلك الإجراءات سوف نجد أن المشرع قد قيد حق الشفعة موضوعيا وإجرائيا أيضا، وأنه توسع في الشروط عما كان عليه العمل قبل ذلك؛ بحيث جعل أن أقل إخلال بهذه الشروط يؤدي إلى سقوط هذا الحق<sup>(٤)</sup>. وهو ما نجد تفصيله في نصوص المواد من (٩٤٠) إلى (٩٤٤) من القانون المدني والتي جاءت تحت عنوان "إجراءات الشفعة"<sup>(٥)</sup>. ويمكن القول إنه إذا قبل المشتري والبائع بعد إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة بحلول الأخير محل المشتري تراضيا أو تقاضيا، يترتب على ذلك بعض الآثار والتي نتعرض لها في المطلب التالي.

(١) غاي بيخور: مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٢) في حالة التراضي فإنه يجب تسجيل عقد الشفعة الرضائية بين الشفيع والمشتري والبائع؛ حيث إن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل وهذا وفقا لنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري.

(٣) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

(٤) غاي بيخور، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

(٥) لمراجعة تلك الإجراءات وشرحها بالتفصيل والتعليق عليها وإيراد نماذج عملية لما جرى العمل عليه في القضاء، راجع: محمد عزمي البكري: الشفعة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص ١٥٧ إلى ص ٢٦٧.

## المطلب الرابع ما يترتب على توافر شروط الشفعة من آثار

إذا قبل المشتري والبائع، بعد إعلان وطلب الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، بحلول الأخير محل المشتري، وسواء كان هذا القبول قد وقع تراضياً أو تقاضياً، فإنه يترتب على ذلك بعض الآثار في الفقه، فيترتب على ثبوت رخصة الشفعة وقبولها ودفعه للثمن<sup>(١)</sup> والتكاليف الأخرى، أن يحل الشفيع محل المشتري في البيع، وأن يلتزم بكافة الالتزامات والحقوق التي يربتها عقد البيع. ولا يختلف الأمر في الأثر العام الذي ترتبه الشفعة في القانون المدني في نص المادة (١/٩٤٥)، وهو حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته. ويتم الحلول - طبقاً لما أخذت به محكمة النقض - من تاريخ التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي الصادر بثبوت الشفعة<sup>(٢)</sup>. إلا أن المشرع قد اعتنى - أيضاً - بإيراد المزيد من التفصيل في أحكام آثار الشفعة وبما يتناسب مع الوقائع العملية والمستجدات التي جرت. وأفرد المشرع لـ "آثار الشفعة" في القانون المدني المواد من (٩٤٥ : ٩٤٧).

ورغم أن العلاقة التعاقدية التي تنشأ كأثر للشفعة، تنشأ بالأساس بين الشفيع قبل البائع، ولا تنشأ بين الشفيع والمشتري، إلا أنه رغم ذلك تنشأ بين الشفيع والمشتري مجموعة من الالتزامات المتبادلة والتي نتجت عن حلول الأول محل الثاني في بيع العقار. وهذا هو ما فصله القانون على النحو السابق<sup>(٣)</sup>.

(١) على عكس ما ورد من حكم في القانون المدني بشأن وجوب إيداع كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى وإلا ترتب على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، نجد أن الرأي الغالب من الفقه وفي المذاهب الأربعة يذهب إلى أن القضاء للشفيع لا يتوقف على أن يحضر الثمن إلى مجلس القضاء وقت الدعوى، فإن قُضي له ألزمه القاضي بإحضار الثمن.

(٢) محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص ٢٦٩.

(٣) حول آثار الشفعة بالتفصيل، سواء في علاقة الشفيع بالبائع، أو في علاقة الشفيع بالمشتري، أو في علاقة البائع بالمشتري، راجع محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٣٦٤ : ٣٤٢.

## المبحث الأول مسقطات الشفعة الاختيارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني

ثمة أسباب تؤدي إلى سقوط حق الشفعة بالرغم من توافر شروطها. ولا ينبغي الخلط بين أسباب سقوط الشفعة -محل دراستنا- وبين موانعها. فالمانع هو ما يمنع من حصول الشيء<sup>(١)</sup> ابتداءً، بينما السقوط يتم بعد ثبوت الشيء. وبالتالي فإننا نقصد هنا أسباب سقوط الشفعة، أي تلك الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة بعد ثبوت وقيام هذا الحق. وقد أورد الفقهاء مجموعة من الأسباب التي يترتب على الإخلال بها أو زوالها أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة. ويمكن تقسيم تلك الأسباب إلى أسباب اختيارية وأخرى إجبارية، وسوف نتعرض في هذا المبحث إلى مسقطات الشفعة الاختيارية في الفقه مع الإشارة إلى ما قرره القانون المدني في نصوصه منها أو ما جرى عليه العمل في الواقع. وبتناول المسقطات الاختيارية في الفقه والقانون في مطلبين وهما:

**المطلب الأول: إسقاط الشفيع لشفعته صراحة أو دلالة.**

**المطلب الثاني: نزول الشفيع عن حقه في الشفعة.**

### المطلب الأول

#### إسقاط الشفيع لشفعته صراحة أو دلالة

لا خلاف بين الفقهاء على أن حق الشفعة هو حق خيار للشفيع، إن شاء أخذه وإن شاء تركه، فإذا علم الشفيع بالبيع وترك حقه في الأخذ بالشفعة، أو تنازل عنه صراحة أو ضمناً، أو رضي ببيع العقار محل الشفعة، فإن حقه في الشفعة قد سقط ولا شفعة له. والتنازل الصريح يكون بقول الشفيع: أبطلت الشفعة أو أسقطتها، أو عفوت عنها،...

(١) المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية ١٩٨٠، مادة (المانع)، ص ٥٩٢.

وغيرها من الألفاظ التي تعبر عن التنازل. أو بالإعراض صراحة، أو سقوطها بالترك، أو بالإذن بالبيع. أما التنازل دلالة أو ضمنا فيكون بوجود تصرف يقع من الشفيع يدل على رضاه بالبيع، ومن أمثلة ذلك عدم قيامه أو تأخيره مع علمه بإجراءات الشفعة أو وجود تصرف يدل على ترك الشفعة. وتنازل الشفيع، سواء صراحة أو دلالة، يُسقط حقه في الشفعة مطلقا؛ لأن تنازله يعني عدم رغبته في العقار محل البيع<sup>(١)</sup>.

إلا أن الخلاف قد ظهر بين الفقهاء حول وقت التنازل عن حق الشفعة، هل يكون بعد البيع أم قبله وهناك مذهبان في ذلك.

**المذهب الأول:** ذهب أصحابه (وهم جمهور العلماء) إلى أن التنازل لا يكون إلا بعد التصرف الناقل للملك، وأن هذا التنازل هو الذي يسقط حق الشفعة؛ حيث إن إسقاط الحق لا يتأتى إلا بعد وجوبه، والتنازل قبل ثبوت الحق لا يصح. "وهو قول عثمان البتي وابن أبي ليلى، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وهو ظاهر مذهب الحنابلة، وإليه ذهب الزيدية"<sup>(٢)</sup>.

**المذهب الثاني:** وذهب فريق آخر إلى أنه يجوز التنازل عن الحق في الشفعة قبل انعقاد البيع. "وهو قول الحكم وسفيان الثوري، وأبي عبيدة وأبي خثيمة وإسحق، والحسن بن حي وقول طائفة من أهل الحديث، وقول الطحاوي من الحنفية، ورواية عن أحمد، وإليه ذهب الظاهرية"<sup>(٣)</sup>.

(١) نصت المادة (١٣٦) من كتاب مرشد الحيران، على أن "تبطل الشفعة بترك طلب الموائبة أو باختلال شرط من شروط صحته وتسقط أيضا بترك طلب التقرير والاشهاد مع إمكانه والقدرة عليه وبتأخير طلب المخاصمة شهرا بلا أعذار. مرجع سابق.

(٢) عبد الفتاح إدريس: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص ١٥٩.

(٣) نفسه، ص ١٥٩.

## المطلب الثاني نزول الشفيع عن حقه في الشفعة

نقل المشرع في القانون المدني سبب نزول الشفيع عن حقه في الشفعة من الفقه كأحد أسباب سقوط هذا الحق، حيث نص على أنه يسقط الحق في الشفعة بنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بها في المادة (٩٤٨/أ)، وأجاز هذا النزول ولو قبل البيع<sup>(١)</sup>، وذلك أن رخصة الشفعة هي رخصة تتيح الخيار للشفيع، فله أن يتمسك ويطالب بها أو يتنازل عن حقه فيها. وهذا التنازل لا ينتج أثره إلا "في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه"، كما نصت على ذلك المادة (٩) من القانون المدني. وهذا التنازل لا يشترط فيه أن يكون صريحا، فيجوز أن يكون تنازلا ضمنيا بما يفيد معنى التنازل عن استعمال رخصة الشفعة من قبل الشفيع. فإن وقع التنازل عن حق الشفعة صراحة خضع في إثباته للقواعد العامة في إثبات التصرف. وإن كان ضمنيا جاز إثباته بكافة طرق الإثبات<sup>(٢)</sup>.

والحق في النزول عن الشفعة جائز حتى صدور حكم نهائي بالشفعة، حيث يترتب على صدور مثل هذا الحكم ثبوت ملكية العقار للشفيع. وبالتالي فإن الخيار في الأخذ

---

(١) يذهب الدكتور جهاد محمود الأشقر في دراسته: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ص ٣٠، إلى أن القانون المدني اتفق مع الفقه في أن التنازل سبب من أسباب السقوط، إلا أن القانون المدني قد أجاز التنازل قبل البيع وهذا مخالف لما عليه الفقه الإسلامي. ولا أتفق مع سيادته في هذا الرأي، لأنه وإن كان المشرع قد خالف رأي الجمهور إلا أنه قد وافق مذهب آخر للفقه الإسلامي وهو مذهب سفيان الثوري وطائفة من أهل الحديث وقول عند الحنفية ورواية عن أحمد وغيرهم كما سبقت الإشارة، وذهبوا إلى جواز التنازل ولو قبل البيع؛ وبالتالي يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في هذا السبب بشقيه.

(٢) عبد المنعم فرج الصده: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون المدني اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية-بيروت ١٩٨٢. ص ٤٦٧.

أو الترك لرخصة الشفعة يبقى قائما قبل صدور مثل هذا الحكم، بل ويمكن التنازل عن الشفعة ولو قبل البيع. وقد حرص المشرع على الأخذ بجواز التنازل عن الحق في الشفعة ولو قبل البيع؛ "إذ بذلك يطمئن المشتري وهو مقدم على الشراء أن العقار المبيع لن يخرج عن ملكه إلى ملك الشفيع مما يؤدي إلى استقرار المعاملات"<sup>(١)</sup>. وأصبح الغالب في الحياة العملية أن يتم النزول عن الشفعة مقدما، كما هي الحال في العقود التي تبرمها شركات الأراضي<sup>(٢)</sup>. وقد قضت محكمة النقض بوجوب أن يكون النزول عن الشفعة قبل البيع صريحا ولا يجوز أن يكون ضمنيا<sup>(٣)</sup>. والتنازل عن حق الشفعة يجوز أن يكون بمقابل أو بدون، باعتبار حق الشفعة هو من الحقوق المالية. وكما تنص المادة (١٦٤) من القانون المدني على أن الالتزامات والحقوق التي يُنشئها أي عقد تنتقل إلى الخلف الخاص؛ فيتقيد هنا الخلف الخاص وأيضا الخلف العام بالتنازل عن الشفعة<sup>(٤)</sup>.

(١) مصطفى مجدي هرجه: الشفعة في ضوء الآراء وأحكام محكمة النقض والصيغ القانونية، ص ٢٠٥.

(٢) عبد المنعم فرج الصده: مرجع سابق، ص ٤٦٨.

(٣) محمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص ص ٢٩٨، ٢٩٩. وقد نص حكم محكمة النقض على " ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا" طعن رقم ٣٣٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٠/٣/١٩٦٠.

(٤) الخلف العام هم الورثة، والخلف الخاص هم من يخلفون صاحب العقد بشكل خاص بواسطة عقود أو بانتقال الحقوق كالدائنين مثلا. وراجع لتفصيل أكثر، مصطفى مجدي هرجه: مرجع سابق ص ٢٠٦.

## المبحث الثاني

### مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني

كما سبق وذكرت أن ثمة أسباب يؤدي وجودها إلى سقوط حق الشفعة بالرغم من توافر شروطها. ومنها ما يكون اختياريا بالتنازل الصريح أو الضمني، ومنها ما يكون إجباريا كموت الشفيح أو عجزه عن دفع الثمن وغيرها من الأسباب التي ذكرها الفقهاء. وسوف نتعرض في هذا المبحث إلى مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه وفي القانون المدني. وتجدر وقد توسع المشرع المصري في الأسباب التي تؤدي إلى سقوط حق الشفعة، وتشدد في شروط الأخذ بها لكون حق الشفعة - كما سبقت الإشارة - هو حق ضعيف فقها وقانونا. وسوف أتناول هذه الأسباب الإجبارية لسقوط الشفعة بالشرح في مطلبين وهما على النحو التالي:

المطلب الأول: مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: موت الشفيح أو عجزه عن دفع الثمن.

الفرع الثاني: الاحتيال لسقوط الشفعة.

الفرع الثالث: ردة الشفيح أو التحاقه بدار الحرب.

المطلب الثاني: مسقطات الشفعة الإجبارية في القانون المدني

الفرع الأول: عدم الالتزام بالمواعيد القانونية.

الفرع الثاني: موت الشفيح وأثره على مكنة الشفعة.

الفرع الثالث: زوال أحد شروط الشفعة.



## المطلب الأول مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي

ذكر الفقهاء مجموعة من الأسباب التي تسقط بها الشفعة جبراً، و تناولها بالتفصيل

فيما يلي:

### الفرع الأول موت الشفيع أو عجزه عن دفع الثمن

أولاً: موت الشفيع:

لا خلاف بين الفقهاء في أن موت الشفيع بعد تملك العقار محل الشفعة ينتقل بالميراث لورثته؛ لأنه كان قد أصبح ملكاً وحقاً له. إلا أن الخلاف قد ظهر بينهم في حالة موت الشفيع قبل تملكه للعقار بالشفعة، فهل تنقضي شفيعته وتسقط أم تنتقل إلى ورثته، فظهرت ثلاثة مذاهب في ذلك وهي:

المذهب الأول: يرى بأن الشفيع إذا لم يملك العقار محل الشفعة (المشفوع فيه) قبل وفاته، سواء توفي قبل طلبه بالشفعة أو بعدها، فلا ينتقل حق الشفعة إلى ورثته، فالعبرة بالتملك عندهم. وهذا هو "قول الحسن وابن سيرين، والشعبي والنخعي، والثوري وإسحق، وسفيان بن عيينة، وإليه يذهب الحنفية، وبعض الزيدية، وهو قول في مذهب الإمامية"<sup>(١)</sup>. وذلك لأن حق الشفعة ليس مالا وإنما هو مجرد مشيئة للشفيع وإرادته المحضة، بين الأخذ أو الترك. ولا يمكن تصور الإرث في المشيئة لأنها لا تبقى بعد موت صاحبها ليأخذها الورثة.

---

(١) عبد الفتاح إدريس، مرجع سابق، ص ٣٩. ويقابل ذلك المادة (١٤٠) من مرشد الحيران، حيث تنص على أن "تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء أو الرضا سواء كان موته قبل الطلب أو بعده ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته. مرجع سابق.

**المذهب الثاني:** على عكس المذهب السابق، ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أن حق الشفعة إذا ثبت للشفيع وتوفي قبل الأخذ به أو تملكه للعقار محل الشفعة، فإن هذا لا يسقط حقه في الشفعة مطلقاً، بل يورث هذا الحق عنه، لأن حق الشفعة هو خيار تم فرضه لدفع الضرر عن المال فيورث كحق الرد بخيار العيب<sup>(١)</sup>. "وهو قول العنبري، وإليه ذهب المالكية والشافعية، وهو قول مخرج عند الحنابلة، وهو الأصح عند الإمامية"<sup>(٢)</sup>.

**المذهب الثالث:** توسط أصحاب هذا المذهب بين المذهبين السابقين، حيث فرق بين حالة مطالبة الشفيع بالأخذ بحق الشفعة قبل وفاته، ففي هذه الحالة لا تسقط الشفعة بل تنتقل لورثته من بعده. أما إذا لم يطالب بها سقطت ولا تنتقل إلى ورثته. فالشفعة قبل طلبها لا تعدو أن تكون مجرد مشيئة للشفيع وتنقضي بوفاته، أما بعد طلبها فهي قد أصبحت حقاً ثابتاً لا يزول بوفاته. "وإلى هذا ذهب الحنابلة، والظاهرية، وهو مشهور مذهب الزيدية"<sup>(٣)</sup>.

ورغم عدم النص في القانون المدني على أثر وفاة الشفيع على الأخذ برخصة الشفعة، وأنه تركها لاجتهاد وعدل القضاء وفقاً لمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية التي استقى القانون منها أحكام نظام الشفعة، وبما يتفق والأحكام العامة للقانون المدني. ولا خلاف على أن الشفيع إذا توفي قبل ثبوت رخصة الشفعة له، أي قبل أن يكون العقار محلاً للبيع، فإن الشفعة تسقط بوفاته ولا تنتقل إلى ورثته. ولا خلاف أيضاً في أن الشفيع إذا

(١) جهاد الأشقر: مرجع سابق، ص ٨٨.

(٢) عبد الفتاح إدريس، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٩.

توفى بعد تمام الأخذ بالشفعة، فيصبح العقار حقه ويتنقل ضمن تركته إلى ورثته. أما الحالة الأخيرة، وهي حالة وفاة الشفيع بعد قيام سبب الشفعة بأن كان العقار محلاً للبيع، وقبل تمام استعمال رخصة الشفعة، فقد أخذت محكمة النقض بالرأي الذي ذهب إلى عدم سقوط رخصة الشفعة في هذه الحالة وانتقالها إلى الورثة، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، وهو ما "يتفق مع المبادئ العامة للقانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث"<sup>(١)</sup>.  
ثانياً: عجزه عن دفع الثمن:

يجب على الشفيع أن يدفع الثمن للمشتري، بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان متقوماً. وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول أثر عجز الشفيع عن دفع الثمن، فهل تسقط الشفعة به أم لا تسقط، وفي ذلك ظهر مذهبان وهما:

المذهب الأول: ذهب إليه الحنفية والظاهرية، بأن العجز عن دفع الثمن لا يسقط الحق في الشفعة "وعلى المشتري أن يحبس العين حتى يستوفي الثمن من الشفيع"<sup>(٢)</sup>.  
المذهب الثاني: وهو رأي الشافعية والحنابلة، حيث ذهبوا إلى سقوط الشفعة حال عجز الشفيع عن دفع الثمن<sup>(٣)</sup>.

(١) محمد عزمي البكري: مرجع سابق، وذكر أمثلة لما ما قضت به محكمة النقض ومنها (الطعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٤/٢/١٩٨١) حيث نص على: "ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق

التي يجري فيها التوارث". ص ٣١.

(٢) جهاد الأشقر: مرجع سابق، ص ٩٣.

(٣) نفسه، ص ٩٥.

## الفرع الثاني الاحتيايل لسقوط الشفعة

إن حق الشفعة هو أحد الحقوق التي قررتا الشريعة الإسلامية اتقاء للضرر الذي ينشأ عن مجاورة الأجنبي الدخيل وسوء المشاركة المحتمل. وإزالة الضرر هو من الأصول المقدمة في الشريعة الإسلامية، فدفع الضرر ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح. فإذا وجبت الشفعة فلا خلاف بين الفقهاء على رفض الاحتيايل لإسقاطها. ويقصد بالحيلة لإسقاط الشفعة هنا "أن يظهر البائع والمشتري في البيع شيئاً لا يؤخذ به الشفعة معه، ويتواطأ في الباطن على خلافه"<sup>(١)</sup>. ومن أمثلتها اتفاق المشتري والبائع على إظهار أن العقار انتقل هبة لا عوضاً وبالتالي لا يقوم الحق بالأخذ بالشفعة. إلا أن الفقهاء اختلفوا في استعمال الحيلة قبل قيام حق الشفعة، وذلك على النحو التالي:

**المذهب الأول:** ويذهب بعض أصحابه إلى حرمة الاحتيايل، والبعض إلى كراهة الاحتيايل لمنع قيام الشفعة وإسقاطها، ويرون أنه إذا استخدمت الحيلة لا تؤدي إلى سقوط الشفعة. والمالكية والحنابلة تقول بالحرمة، والشافعية تقول بالكراهة<sup>(٢)</sup>.

**المذهب الثاني:** يذهب أصحابه إلى عدم حرمة أو كراهة دفع الشفعة بالحيلة قبل ثبوتها، لأن الحق لم يقم بعد. وهو مذهب الحنفية.

وإذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن التحايل على القانون لا يجوز، فعلى هذا الأساس لم تقر محكمة النقض بالحيلة لإسقاط حق الشفعة وقضت في أحد أحكامها بأنه: "إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذي أسنده إلى الطاعن إنما هو

(١) جهاد الأشقر، مرجع سابق، ص ١٠١.

(٢) عبد الفتاح إدريس: مرجع سابق، ص ١٦٨.

الاحتيايل بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه عليه، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيايل من الوقائع التي أوردتها والتي يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول في الشفعة فإن النعي عليه بالقصور أو مخالفة القانون في هذا الخصوص يكون على غير أساس"<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### ردة الشفيع أو التحاقه بدار الحرب

كما سبق القول فإن حق الشفعة كما يثبت للمسلم فإنه يثبت للذمي عند جمهور الفقهاء، وقد روي عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على مسلم، وكتب بذلك إلى خليفة المسلمين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأمضى قضاءه<sup>(٢)</sup>. إلا أن الفقهاء اختلفوا في حالة ارتداد الشفيع، أو أنه أصبح من البغاة، أو أنه التحق بدار الحرب، فهل تسقط الشفعة أم لا تسقط، وذلك على النحو التالي:

**المذهب الأول:** وهو مذهب الحنفية حيث يرى أصحابه أن المرتد أو من أصبح من البغاة أو من التحق بدار الحرب، لا شفعة له ولا لورثته إن مات وهو على هذه الأحوال<sup>(٣)</sup>.

**المذهب الثاني:** وإليه ذهب المالكية ويرى أصحابه أن الشفعة إذا ثبتت ثم ارتد صاحبها أو أصبح من البغاة أو أنه التحق بدار الحرب، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الإمام

(١) الفقرة رقم ٢ من الطعن رقم ٢١٠ سنة قضائية ٢٠ مكتب فني ٤ تاريخ الجلسة ٢٦ / ٠٣ / ١٩٥٣، صفحة رقم ٦٩٨.

(٢) عبد الفتاح إدريس: مرجع سابق، ص ٤٥.

(٣) جهاد الأشقر: مرجع سابق، ص ٩٩.

أو نائبه، وله أن يأخذها إلى بيت مال المسلمين. وهكذا ذهب الحنابلة فإذا قتل الشفيع أو مات قبل طلب الأخذ بالشفعة سقطت<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### مسقطات الشفعة الإجبارية في القانون المدني

نص المشرع في القانون المدني في المادة (٩٤٨) بأن الحق في الأخذ بالشفعة يسقط في بعض الأحوال ذكرنا منها في المطلب السابق حالة اختيار الشفيع التنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة، وهو تصرف بالإرادة المنفردة منه يترتب عليه سقوط الشفعة. لكن القانون نص على حالات أخرى يمكن اعتبارها بمثابة مسقطات إجبارية للشفعة، وسوف نتناولها على النحو التالي:

#### الفرع الأول

##### عدم الالتزام بالمواعيد القانونية

إن حق الشفعة يسقط إذا لم يراع الشفيع المواعيد القانونية التي نص عليها المشرع وهذه المواعيد تتمثل في الآتي:

أولاً: نصت المادة (٩٤٨/ب) على أن الشفعة تسقط إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع. فإذا قام البائع والمشتري بتسجيل عقد البيع ومضى على هذا التسجيل أربعة أشهر، فلا يجوز للشفيع طلب الشفعة لسقوطها قانوناً، والحكمة هنا هي عدم ترك مركز المشتري لوقت طويل غير مستقر، وهذه المدة هي مدة سقوط للحق وليست مدة تقادم، "ومدة السقوط لا يعتورها وقف ولا انقطاع"<sup>(٢)</sup>. وتسري هذه المدة في حق الكافة، أي ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو كان الشفيع غائباً. أما إذا لم يقيد

(١) نفسه، ص ١٠٠.

(٢) محمود عزمي البكري: مرجع سابق، ص ٣٠٨.

عقد البيع فإن حق الشفيع لا يسقط إلا بمضي ١٥ سنة من وقت إبرام البيع<sup>(١)</sup>. وذلك " ما لم يقوم المشتري بالتسجيل فيسقط حق الشفيع بانقضاء أربعة أشهر من يوم التسجيل"<sup>(٢)</sup>. وقد نصت المادة (٩٤٨/ج) على أن الشفعة تسقط في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون، ومن تلك الأحوال ما يخص المواعيد القانونية أيضا وهي على النحو التالي:

ثانياً: عدم إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في خلال مدة خمسة عشر يوماً (ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك) من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه في طلب الشفعة كما تقضي بذلك المادة (٩٤٠). ولا يوجد ما يمنع من أن يبادر الشفيع بإعلان رغبته قبل ذلك الأجل.

ثالثاً: عدم إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار في الميعاد الذي حددته المادة (٩٤٢/٢) وهو ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ الإعلان بالرغبة في الشفعة، وقبل رفع الدعوى بالشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بها. ولا يجوز للبائع أن يعفي الشفيع من هذا الإيداع. وترفع الدعوى بالشفعة على البائع والمشتري في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة، وإلا ترتب على عدم الالتزام بذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة. ويعتبر الثمن الذي جاء في العقد بين البائع والمشتري هو الثمن الحقيقي الذي يجب دفعه، وإن كان الثمن المذكور في العقد صورياً بغرض تعجيز الشفيع، فيكفي أن يودع الثمن الحقيقي والفعلي للعقار محل البيع وبشرط أن يستطيع إثباته بكافة طرق الإثبات<sup>(٣)</sup>.

(١) محمد على عمران، فصل "الشفعة" داخل كتاب: نبيلة رسلان: شرح أحكام حق الملكية، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

(٢) مصطفى مجدي هرجه: مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٣) محمد لبيب شنب: مرجع سابق ص ٣٥٨.

## الفرع الثاني موت الشفيح وأثره على مكنة الشفعة

سبق وتعرضت إلى موقف الفقه الإسلامي في مسألة انتقال الشفعة بالميراث وأثر موت الشفيح وأنهم اتفقوا في انتقالها إذا مات الشفيح بعد تملك العقار سواء بالرضا أو بحكم القضاء، واختلفوا فيما إذا توفي قبل تملك العقار بالشفعة. وبرغم عدم وجود نص صريح في القانون يعالج هذه القضية، إلا أن قضاء محكمة النقض قد قرر بأن الشفعة هي من الحقوق المالية التي يجري فيها التوارث، وهو موافق لمذهب الشافعي ومالك، وأن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفيح قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى<sup>(١)</sup>. وكان المشروع التمهيدي للقانون المدني قد جاء به نصا صريحا يعالج هذه المسألة وقد نص على أن "الحق في الشفعة لا ينتقل بالحوالة، وإنما ينتقل بالميراث" وقالت المذكرة الإيضاحية في هذا الخصوص "إن اللجنة جعلت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث خلافا لما ذهب إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة. ويأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي، وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة في القانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث"<sup>(٢)</sup>. وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن "الفصل في تعرف الحقوق المالية هو من صميم القانون المدني، وما الاستشفاع إلا حق من هذه الحقوق التي توافرت فيها العناصر المالية من نفع وتقوم وقابلية للاستثمار مما يعتبر معه مالا ويصح توارثه على ما قضى به قضاء هذه المحكمة"<sup>(٣)</sup>.

(١) عبد المنعم فرج الصدة: مرجع سابق، ص ٤٧٥.

(٢) نفسه: ص ٤٧٥. ومحمد عزمي البكري: مرجع سابق، ص ٣١.

(٣) طعن رقم ٣١١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٧. مشار إليه في محمود عزمي البكري: الشفعة في ضوء الفقه

والقضاء، مرجع سابق، ص ٣٠.



ومن هنا يمكن القول أن حق الشفعة رغم ما قضت به دوائر محاكم الاستئناف في حكمها الصادر في ٣ مايو ١٩٣٠ والذي قضت فيه بأن حق الشفعة يسقط بموت الشفيع ولا ينتقل إلى ورثته<sup>(١)</sup> وهو قول المذهب الحنفي. إلا أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الذي صدر فيما بعد في عام ١٩٤٨ ذهبت إلى خلاف ذلك، وهو ما استقر العمل عليه فيما بعد في قضاء محكمة النقض، بعدم سقوط الحق في الشفعة بوفاة الشفيع، بل تنتقل رخصتها إلى الورثة فإذا كان المورث قد أعلن عن رغبته في الأخذ بها، تابع الورثة بقية إجراءاتها من إيداع الثمن ورفع الدعوى، بل وللورثة أن يعلنوا رغبتهم إن لم يكن قد أعلنها مورثهم، بشرط ألا يخالفوا المواعيد المحددة لذلك<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### زوال أحد شروط الشفعة

بالإضافة إلى ما نص عليه القانون صراحة وتفصيلاً في المادة (٩٤٨) بشأن أحوال سقوط الشفعة، إلا أنه نص في الفقرة (ج) من ذات المادة على أن الشفعة تسقط "في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون"، فالشفعة قد تسقط بزوال أحد شروطها، ومن ذلك زوال ملكية الشفيع للعقار الذي يسمح له بحق الشفعة قبل الحكم، فالشفعة هي فرع عن الملكية؛ فإذا زالت الملكية سقطت رخصة الشفعة.

كما نصت المادة (٩٣٩/أ) على أن رخصة الشفعة لا يجوز استخدامها في حالة بيع العقار بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون، سواء كان بيعاً إدارياً أو قضائياً. والحكمة من ذلك أن الشفيع وغيره بإمكانه في هذه الحالة التقدم للمزاد وشراء العقار،

(١) محمود عزمي البكري: مرجع سابق، ص ٢٩.

(٢) محمد لبيب شنب: مرجع سابق، ص ٣٤٨.

وحتى لا يضر الأخذ بالشفعة في هذه الحالة بضمن العقار<sup>(١)</sup>. ونصت أيضا المادة (٩٣٩/ب) على أن الشفعة لا تجوز إذا كان المشتري أصلا أو فرعا للبائع، أو زوجا له، أو قريبا إلى الدرجة الرابعة، أو صهرا إلى الدرجة الثانية، فإن القرابة هنا هي محل اعتبار في البيع وهي التي أدت إليه على هذا النحو أو بشروط أقل أو أيسر مما لو كان البيع قد تم لغير هؤلاء. وقد حدد النص الفئات التي تمنع قيام رخصة الشفعة على وجه الحصر وبالتالي لا يجوز مخالفة ذلك أو القياس عليه. ويمتنع الأخذ بالشفعة في البيوع الحاصلة للأقارب المذكورين، ولو كان الشفيع بدوره قريبا، بل ولو كانت درجة قرابته للبائع أقرب من المشتري<sup>(٢)</sup>. ونصت المادة (٩٣٩/ج) على أن الشفعة لا تقوم إذا كان العقار قد بيع ليُجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة، وقد وردت العبارة مطلقة دون قيد، فيجوز أن يكون دار عبادة للمسلمين أو غيرهم، دون قيد إلا قيد عدم مخالفة القانون والنظام العام والآداب<sup>(٣)</sup>. والعلة في منع رخصة الأخذ بالشفعة هنا هي ضمان تحقيق الغرض من البيع<sup>(٤)</sup>.

كمان لا تقوم رخصة الأخذ بالشفعة إذا كان البائع هو الدولة لعقار مملوك لها ملكية خاصة، وذلك استثناء من أحكام القانون المدني، وعلته أن الدولة تباع عقاراتها عادة لتحقيق أغراض اجتماعية، لا بغرض مالي بحت، وإجازة الشفعة في هذه البيوع يفوت هذا الغرض<sup>(٥)</sup>.

(١) محمود عزمي البكري: مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٢) محمد ليب شنب: مرجع سابق، ص ٣٤٢.

(٣) محمود عزمي البكري: مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٤) محمد ليب شنب: مرجع سابق: ص ٣٤٢.

(٥) نفسه، ص ٣٤٣.

## الخاتمة

حاولت في هذا البحث، قدر الاستطاعة، تناول موضوع من الموضوعات الدقيقة والمتشعبة في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني، وهو موضوع سقوط حق الشفعة. وقد استمد المشرع المصري أحكام نظام الشفعة بشكل عام من أحكامها كما وردت في الشريعة الإسلامية وعند الفقهاء. وأفرد المشرع لها المواد من ٩٣٥-٩٤٥ من القانون المدني. وحاولت قبل التعرض للأسباب التي تسقط بها رخصة الشفعة، سواء في الفقه أو في القانون، والموازنة بين تلك الأسباب، أن أعرض للتعريف بنظام الشفعة وأحكامه بوجه عام، ثم تعرضت بقدر من التفصيل لموضوع البحث الأساسي، وهو سقوط الشفعة.

وانطلاقاً مما سبق وترتيباً عليه، يمكن إجمال خلاصة هذا البحث وأهم النتائج التي توصل إليها الباحث في النقاط التالية:

- ❖ إن الشفعة وهي أحد الحقوق التي قررتها الشريعة الإسلامية، استثناء على قاعدة الرضائية في العقود، تتمثل حكمتها الأساسية في دفع وابقاء الضرر الذي ينشأ عن مجاورة الأجنبي الدخيل وسوء المشاركة المحتمل.
- ❖ أن هذا الحق -مع ثبوته وأهميته- إلا إنه في غالب أقوال الفقهاء من الحقوق الضعيفة، أو حتى يمكن القول أنه من الحقوق غير المستحبة؛ ولذلك فهو يسقط بأقل الأسباب، بل وأجيز الالتجاء إلى الحيلة لإسقاطه عند بعض الفقهاء، ويرجع ذلك إلى أنه يعتبر تدخلاً في حرية التعاقد بين الناس وقيد عليها.
- ❖ ومع كون الشفعة حق من الحقوق الضعيفة، فقد تم الإبقاء من المشرع في القانون المدني، لأنه رغم كونه قيدياً على حرية التصرف، إلا أنه يحقق بعض الفوائد في

المقابل، وعلى رأسها دفع الضرر، وجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الشفاعة. كما أنه يتسق مع فكرة عدم التعسف في استعمال الحق التي نص عليها القانون المدني في أكثر من مادة ومنها ما نصت عليه المادة (١ / ٨٠٧) التي تعرضت لبعض القيود التي ترد على حق الملكية بوجه عام وتعتبر من القواعد العامة في هذا القانون، على أنه "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".

❖ أن المشرع وهو يستمد بعض أحكام نظام الشفاعة من الفقه الإسلامي، جعل القاعدة العامة أمامه، أو أمام القضاء في الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية لتفسير بعض أحكام القانون، في حالتها عدم وجود نص قانوني أو عرف، أن يكون ذلك مع عدم التعارض مع المبادئ العامة للقانون حيث يحتفظ النظام القانوني بانسجامه وتناسقه هذا من جانب، ومن جانب آخر عدم التقييد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي.

## المصادر والمراجع

### المصادر:

أولاً: المراجع اللغوية:

❖ التعريفات: للجرجاني حققه وقدم له ووضع فهارسه إبراهيم الإبياري، دار الريان للتراث ١٩٨٣.

❖ مختار الصحاح: أبو بكر الرازي، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٦.

❖ المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية 1980.

❖ معجم مصطلحات الفقه الإسلامي وأصوله، مجمع اللغة العربية، الطبعة الأولى ٢٠١٤.

ثانياً: المراجع الفقهية:

❖ جهاد محمود الأشقر: مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.

❖ السيد سابق: فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي ٢٠٠٠.

❖ عبد الفتاح محمود إدريس: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، بدون ناشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٠.

❖ عيسوي أحمد عيسوي: المدخل للفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة ١٩٦٧.

❖ محمد قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ١٨٩١.

❖ محمد محمد فرحات: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي [تاريخ التشريع ونظرية العقد]، دار النهضة العربية ١٩٩٨/١٩٩٩.

### ثالثاً: المراجع القانونية

❖ عبد الحميد الشواربي: أحكام الشفاعة في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦.

❖ عبد الرازق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٧.

❖ عبد المنعم فرج الصده: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون المدني اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية-بيروت ١٩٨٢.

❖ غاي بيخور: مدونة السنهوري القانونية، نشوء القانون المدني العربي المعاصر، ترجمة: رشا جمال، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.

❖ محمد لبيب شنب ومحمد المرسي زهرة: الحقوق العينية الأصلية، مطبعة كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٥.

❖ محمود عزمي البكري: الشفاعة في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع (طبعة ٢٠١٦-٢٠١٧).

❖ مصطفى مجدي هرجة: الشفاعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية، دار الثقافة للطباعة والنشر ١٩٨٦.

❖ نبيلة رسلان: شرح أحكام حق الملكية، كلية الحقوق - جامعة طنطا، ١٩٩٢ - ١٩٩٣.

### المراجع:

❖ وزارة العدل: القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي [د.ت].

- ❖ عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- ❖ مهدي كامل: الموجز في شرح أحكام الشفعة على ضوء المبادئ التي قررتها محكمة النقض، دار الألفي ٢٠٠٩.
- ❖ محمد شكري سرور: أسباب كسب الملكية في القانون المصري، دار النهضة العربية ٢٠٠٩.
- ❖ عبد العزيز رمضان: تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة، دار النهضة العربية ٢٠٠٦.
- ❖ السيد عبد الوهاب عرفة: الوجيز في الشفعة كسب لكسب المليكة في العقار، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٥.
- ❖ حمدي رجب عبد الغني: دراسات في الفقه المقارن في الرهن والشفعة وبعض أحكام تتعلق بالميراث، دار النهضة العربية ٢٠٠٠.
- ❖ معوض عبد التواب: الشفعة والصورية وفقا لقضاء النقض، منشأة المعارف ١٩٩٠.
- ❖ عبد العظيم شرف الدين: تاريخ التشريع الإسلامي: أحكام الملكية والشفعة والعقد، العربي للنشر والتوزيع ١٩٨٥.

## فهرس الموضوعات

٤٧٦	موجز عن البحث
٤٧٩	تأصيل وتمهيد
٤٨٤	المبحث التمهيدي : الشفعة كأحد الحقوق المالية
٤٨٥	المطلب الأول : تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني
٤٨٧	المطلب الثاني : أركان وحالات الشفعة والمراكز القانونية التي تجيزها
٤٩٠	المطلب الثالث : كيفية استعمال حق الشفعة وإجراءاتها
٤٩٤	المطلب الرابع : ما يترتب على توافر شروط الشفعة من آثار
٤٩٥	المبحث الأول : مسقطات الشفعة الاختيارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني ..
٤٩٥	المطلب الأول : إسقاط الشفيع لشفعته صراحة أو دلالة
٤٩٧	المطلب الثاني : نزول الشفيع عن حقه في الشفعة
٤٩٩	المبحث الثاني : مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي والقانون المدني ....
٥٠٠	المطلب الأول : مسقطات الشفعة الإجبارية في الفقه الإسلامي
٥٠٠	الفرع الأول : موت الشفيع أو عجزه عن دفع الثمن
٥٠٣	الفرع الثاني : الاحتيال لسقوط الشفعة
٥٠٤	الفرع الثالث : ردة الشفيع أو التحاقه بدار الحرب
٥٠٥	المطلب الثاني : مسقطات الشفعة الإجبارية في القانون المدني
٥٠٥	الفرع الأول : عدم الالتزام بالمواعيد القانونية
٥٠٧	الفرع الثاني : موت الشفيع وأثره على مكنة الشفعة
٥٠٨	الفرع الثالث : زوال أحد شروط الشفعة
٥١٠	الخاتمة
٥١٢	المصادر والمراجع
٥١٥	فهرس الموضوعات