

أحمد أباش  
دكتور في الحقوق  
مبارك في الأمانة الإعلامية

# الأحكام العامة للسفعة في قواعد الفقه الإسلامي



مكتبة  
الأدب  
المغربي

منشورات المجاهدي المحمودية

احمد اياش  
دكتور في الحقوق  
مجاز في الدراسات الإسلامية

الأحكام العامة للشريعة  
في  
قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي

طبعة ثانية 2011





بسم الله الرحمن الرحيم  
والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله

## تقديم

يظهر لأول وهلة أن البحث في موضوع الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي والقانون المغربي سهل ميسر، غير أن الباحث، ومنذ بداية البحث، يجد نفسه أمام تراث فقهي وقانوني ضخم، يتطلب التعامل معه كثيرا من الأناة والهدوء والعمق، والنية المخلصة، والجهد الذائب، والصبر الجميل.

وأمام تعدد المؤلفات، وتشعب وتنوع مصادر أحكام الشفعة، يتبين أن دراسة أحكام. ومن هنا نبعت الأهمية البالغة والضرورة القصوى لاستفسار العقل المعرفي للشفعة، وحك ذاكرته على أساس قراءة النصوص الشرعية والفقهية والقانونية، ضمن الثوابت العلمية، قراءة تتجاوز في منهجها مجرد استثمار الشهادات أو الاسطوغرافيا الإسلامية التقليدية، أو الاستدلال المعاصر، إلى استنطاق النصوص وتنسيق مضامينها.

وسعيا إلى تحقيق ذلك، فإن دراسة الموضوع تقوم بتنشيط وظيفة النصوص الشرعية والتشريعية مرتبطة ارتباطا تأسيسيا وتأطيريا، بنقلها من مجرد أداء الوظيفة الاستشهادية المألوفة، وهي مهمة، إلى الوظيفة البنائية للمعرفة الشرعية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية، وهي أهم.

وهذا المنحى يقتضى التمييز بين النصوص من حيث نسبتها إلى الشفعة وخدماتها للموضوع، باعتبار أنها أساسية بدءاً، دعمية توسطاً، وتكميلية ختاماً، على أساس أن العقل المعرفي للنظرية غني بالمصادر ذات الأولوية والمراجع والدراسات السنية والقانونية، ويستلزم أمرين إثنيين، ترتيب أولويات العقل المعرفي للشفعة، وقراءة نسقها. ولعل أهم وسائل تحقيق الأمر الأول نقل عقل البحث من الانشغال في جزئيات الموضوع إلى كلياته؛ أما الثاني فيتحقق بالتوجه نحو مقاصد وغايات المشرع السامية وأهدافه المتوخاة.

وإذا كانت غايتنا من دراسة الأحكام العامة للشفعة، أو قل دراسة النظرية العامة للحق في الشفعة، فإن ذلك يقتضى تعريف هذا الحق وتحليله ودراسة أركانه، ونشؤته واستعماله وانقضائه وإثباته. بمعنى أن البحث سينصب على أركان الحق في الشفعة، حيث يلزم الكلام عن أشخاص هذا الحق بصفة عامة، ليكون البحث شاملاً للشفيع والمشفوع منه، ويناقش المشفوع أو موضوع ومحل هذا الحق، ويعرض صورته المختلفة، فالمشفوع به وبيان عناصره، وأسباب كسب هذا الحق، أي مصادر، وبيان الحدود التي يجوز فيها استعماله وتحديد الأحوال التي ينتهي فيها بسقوطه أو انقضائه. ولما كان نشوء الحق في الشفعة ووجوده يتم بحصول الواقعة التي يجعلها القانون مصدراً له، والتي غالباً ما تكون محل نزاع وإنكار من المشفوع منه، فإنه يحق للشفيع استعمال الوسائل القانونية لإثبات حقه، في ضوء وسائل الحماية القانونية للحقوق والمبادئ العامة التي تحكمها. ويستلزم ألا يكون البحث مفصلاً شاملاً لكل جزئيات الموضوع، وإنما يكفي فيه بيان المبادئ العامة أو الإطار العام الذي تنضبط فيه قواعد وأحكام الشفعة، في شكل وبناء مصمما تصميمياً مقسماً إلى قسمين مجزء كل منهما إلى باين يتناول كل منهما البحث في فصلين.

## تمهيد

يجدر التنبيه إلى أن عنوان الأطروحة مؤسس لعلم وناقل وواصف له، وكأنه أشبه ما يكون بالذاكرة الحاسوبية في صغر الحجم وسعة الاكتناز، ولذلك يكون من الأنسب بدءا القيام بدراسة تفكيكية لمنطوقه، وتحديد أبعاد ألفاظه ومصطلحاته وما تختزنه من إشكاليات فقهية وقانونية، كخطوة أولى للفهم الصحيح.

### أولا: الأحكام العامة

الأحكام<sup>1</sup> العامة في "شكلها العام"، كما هو متداول، على مستوى المنهج، تتناول مدلول الشفعة وأساسها القانوني ومميزاتها، وتعرض لنطاقها وآثارها. وهي على مستوى النظر عملية ربط أحكام الشفعة في وحدة متماسكة متشابكة، تشكل إطارا عاما، وهي بناء عام يتكون من ضوابط وقواعد عامة، يشد ويشد بالعموم والشمول، "تندرج تحته بالضرورة القواعد والأحكام التي تدخل في هذا

---

<sup>1</sup> = الأحكام جمع حكم، وهو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه بواسطة، فإن كانت هذه الوساطة هي العقل كان الحكم بالبداهة عقليا كقولنا الواحد نوصف الاثنين، أو عن طريق إعمال النظر كقولنا الواحد نصف خمس العشرة، وإن كانت الوساطة هي العادة والتجربة كان الحكم عاديا تجريبيا كقولنا النار محرقة، وإن كانت الوساطة هي الشرع كان الحكم شرعيا، كقولنا الصلاة واجبة والغش حرام. والحكم عند الأصوليين هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، طلبا أو تحييرا أو وضعاً، وعند الفقهاء الصفة التي هي أثر ذلك الخطاب. والحكم التكليفي خمسة أنواع: إيجاب، وندب، وتحريم، وكراهية، وتخيير؛ وأثرها في الأفعال الوجوب، والندب، والحرم، والكراهية، والإباحة. راجع: الحضري ص 30 ومناهج البحث في العلوم الإسلامية لأحمد الدسوقي الفاهرة



العموم<sup>2</sup>، لا تتجزأ، تنطلق منه، وتعود إليه، وتتجلى في طبيعته وشكله ومجال تطبيقه وآثاره.

## ثانياً: تعريف الشفعة أ- في اللغة

الشفعة لغة من شفع الشيء ضمه، فهي ضم نصيب إلى نصيب، وقيل هي من الزيادة<sup>3</sup> لأن الشفيع يزيد ما يأخذه إلى ماله. وقيل من التقوية والإغاثة<sup>4</sup> لأنه يتقوى كل واحد من الوترين بالآخر. وقيل من الشفاعة لأنه يتشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه. وقيل لأنهم كانوا في الجاهلية إذا باع حصته أتاه المجاور شافعا ليوليه ما اشتراه وهذا أظهر. وقيل هي مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر،

<sup>2</sup> = مناهج البحث في العلوم الإسلامية للدكتور أحمد الدسوقي القاهرة م س

<sup>3</sup> = الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء، وحكي ضمه، وقال بعضهم: لا يجوز غير السكون - الزرقاني 3ص 435 - والشفعة بضم الشين وفتحها وسكون الفاء وفتحها على وزن فعلة بمعنى المفعول - المعجم العربي الأساسي لاروس للمنظمة العربية للتربية والعلوم-، غير أن اللفظة كما هو معلوم من شفع وهو متعد ثلاثي على وزن فعل -بفتح عينه- مصدره على وزن فعلة - فاء مفتوحة وعين ساكنة ولام مفتوحة- كأخذه أخذة، فلماذا ضمت؟ وربما هذا ما دفع الشيخ البستاني إلى القول: إنه ما سمع للشفعة فعل!!!. ومعنى الشفعة في اللغة الفرنسية Prémption وحق الشفعة Droit de Prémption والشفيع Prémpteur والمشفوع منه Prémpté ولفظة Prémminent تعني المفضل. وللدلالة على الشفعة المعروفة في الشريعة الإسلامية تستعمل غالباً اللفظة العربية نفسها فيقال chéfâ و chéfâ et chéfâat، وقد يطلق على الشفيع لفظة Auteur du retrait أو Retrayant والشفعة le retrait والأولى أحسن تعبيرا حتى لا يقع الاشتباه بين الشفعة وحق الاسترداد: القانون الروماني والشريعة الإسلامية ص4 زهدي يكن.

<sup>4</sup> = في هذا المعنى ما يقال في التوسل بدعاء الرسول محمد ﷺ "اللهم فشفعه في" أي اقبل شفاعته، أي

دعائه في، أي شفيعني فيه، أي اقبل دعائي في قبول دعائه، أي قوها وأغنئها بها. راجع:

- سلسلة الأحاديث الضعيفة وأثرها السيء في الأمة للألباني ص1 80

- حاشية المدني كتون على حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ص6 253 ببيروت

- الزرقاني على موطأ الإمام مالك 3 ص 473 1990 لبنان - ولسان العرب 8

يقال إذا شفع الرجل شفعاً كان فرداً فصار ثانياً، وشفع الشيء شفعاً صيره زوجاً بأن يضيف إليه مثله<sup>5</sup>.

وشفع يشفع شفعة الشيء طلبه بحق الشفعة<sup>6</sup>.  
وشفع صاحبه جعله أولى بمشترى البيت ممن لم يكن مجاوراً له<sup>7</sup>.  
بإيجاز الشفعة ضم وزيادة وتقوية وإغاثة وإضافة وتزويج وألوية.

## ب- في الاصطلاح

### 1- في الفقه الإسلامي

تعدد تعاريف الفقهاء للشفعة وتنوع، لكن يمكن تصنيفها على الشكل الآتي:  
**الصف الأول:**

الشفعة انتقال حصة شريك إلى شريك كانت قد انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى<sup>8</sup>. يعد هذا التعريف من بين التعريفات الأكثر تداولاً وشهرة مع أنه يعاب عليه كونه "يفهم منه أن الشفعة هي انتقال الحصة من يد المعاوض الأجنبي إلى الشريك الذي أدى البدل، ويتحدث عن أثر الشفعة ونتيجتها المتمثلة في انتقال الحصة من يد الأجنبي إلى يد الشريك الذي استعمل حق الشفعة"<sup>9</sup>، غير أن أكثر ما يُعاب عليه مخالفته الحديث النبوي الشريف الموجب للشفعة لكل

<sup>5</sup>= المعجم العربي الأساسي لاروس للمنظمة العربية للتربية والعلوم - والصاح في اللغة والعلوم

- المعجم الوسيط للعلامة الجوهري بيروت - مختار الصحاح لأبي بكر الرازي ط 1973

<sup>6</sup>= فتح العزيز في شرح الوجيز 11 ص 362 محمد الراجحي - نيل الأوطار 5 ص 80 للشوكاني.

- عبد الله حجازي على تحفة الطلاب لابن يحيى زكرياء الأنصاري 2 ص 142 دار الفكر

- مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الله بن محمد المعروف بدماد أفندي 2 ص 471

- المبسوط 14 ص 90 لشمس الدين السرخسي طبعة السعادة القاهرة 1931

<sup>7</sup>= القاموس المحيط 3 ص 45 - 46 - انظر استعمالات أخرى لها في: - البستان 565 ط 1992

- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل دار الفكر. حادي الرفاق إلى فهم لامية الرفاق للرهوي

- العناية على الهداية 4 ص 18 للإمام أكحل الدين البابري 1356

<sup>8</sup>= الإمام الشوكاني م س

<sup>9</sup>= أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون ص 17 للدكتور محمد بن معجوز ط 1- 1985

شريك ضد كل من انتقلت إليه حصة من الملك المشترك، أجنبيا كان أو أحد المشتركين، وهو بهذه المخالفة، وإن لم يميز بين الأموال موضوع الشفعة من حيث طبيعتها، يعبر عن حال الشفعة في جاهلية العرب.

### الصف الثاني:

1- الشفعة عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار المشتري بشركة أو جوار.

2- الشفعة تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه.

3- الشفعة تملك المجاور العقار المقصود ببيعه جبرا على مشتريه بدفع الثمن الذي قام عليه العقد.

4- الشفعة تملك العقار جبرا على مشتريه بما قام عليه العقد، أي، بالثمن الذي قام عليه العقد.

التعريفات كلها تمثل نموذجا حيا لاختلاف حال الشفعة الفقهي حتى في المذهب الواحد نفسه<sup>10</sup>، وبلية النقل تغذيها قدرة اللغة العربية في التعبير عن معنى واحد بطرق مختلفة وأساليب متنوعة.

إن استعمال هذه التعريفات لفظ تملك، وهو مصدر أضيف إلى مفعوله الثاني بعد حذف الفاعل بمعنى ملكت المحكمة أو القاضي الشريك العقار، يفيد أن الشفعة عند هؤلاء الفقهاء هي الأخذ جبرا والضم والتقوية، فضلا عن أنها تحصر الشفعة في العقار، تجعل المجاور للعقار المقصود ببيعه شفيعا.

انتقدت التعريفات المذكورة على أساس أنه "إن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب، يلزم أن لا يصح ما تقرر عندهم من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها حاكم، لأن ذلك صريح في تحقق التملك في الشفعة

<sup>10</sup> التعريفات الأربعة الواردة في هذا الصنف مأخوذة من العناية على الهداية لأكل الدين الباري طبعة

عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي أو قضاء القاضي، فإن كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا تكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة، إذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق، وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي، لا محالة، فلم يوجد التملك أيضا، فعلى تقدير أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك، كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع، واستقرارها بالإشهاد، أيضا قد صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضاء، فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة، وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة. أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو الوصول إلى تملك البقعة المشفوعة، وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور، لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة بضرورة، وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء أو يعقبه، ولا يتقدم عليه، فلم يصلح جواز طلب الشفعة حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك". وأما الثاني فلأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى، وحكم الشيء ما يغيره ويترتب عليه، فلم يصلح ثبوت الملك، أيضا، لأن يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك"<sup>11</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي يبدو وكأنه متأثر بهذه التعريفات.

### الصف الثالث:

1- الشفعة استحقاق شريك انتزاع حصة شريكه المتقلة من يد من انتقلت إليه<sup>12</sup>.

2- الشفعة استحقاق شريك انتزاع حصة شريكه من مشتريها<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> = العناية على الهداية 4 ص 18

<sup>12</sup> = المغني 5 ص 284 لأبي عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي - ت 620 - على مختصر الحرقى ط 2

<sup>13</sup> = العدة في شرح العمدة ص 274 لابن الهمام الحنبلي مطبعة عصرية 1992



3- الشفعة استحقاق أحد الشريكين انتزاع حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع<sup>14</sup>.

4- الشفعة أخذ شريك من تجدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة عقارا أو ما يتبعه بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص أو ما حدده الشارع من عوض له<sup>15</sup>.

5- الشفعة أخذ الشريك حصة شريكه جبرا بالشراء<sup>16</sup>. وبالرغم من استعمال التعريفات عبارات "الانتزاع" و"الأخذ" و"الجبر"، وهي ألفاظ تظهر مضامين بنائها مشحونة بقوة وقهر، فإن ذلك لا يثير أي تعجب، ولا غرابة فيه لسببين اثنين:

1- فضلا عن أن هذه العبارات تفيد فعلا نوعا من المطالبة القهرية، لأن الشفعة سلطة مشروعة للشفيع خصه الشرع بها يمارسها إراديا على حصص باقي شركائه، يمكن حملها على القضاء.

2- إن هذه الألفاظ لا تتنافى مع موجبات العدل والأخلاق، بل هي في واقع الأمر تؤيدها وتعززها، وتأتي في إطار منسجم يؤلف بين المصالح المتعارضة للشركاء والمشفوع منه ضمن أحكام الشيع التي تهدف إلى تنظيم حياة الملاك المشتركين الجماعية؛ وإقرار الشفعة لكل شريك وسيلة مثلى إلى ذلك.

إذا كان لا يخفى ما في ظاهر التعريفات السابقة من خلاف واختلاف، وما تفيد من تعدد اتجاهات الفقهاء، ما أدى إلى عدم الخروج، من خلالها، للشفعة بتعريف علمي دقيق، وهو ما يجعل كثيرا من الباحثين المعاصرين يقفون منها

<sup>14</sup> = شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري المجلد ص 159 لجعفر بن أبي زكرياء بن سعيد الهذلي لبنان

<sup>15</sup> = بناني علي الزرقاني 5 ص 69 - أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون ص 17 للدكتور بن معجوز

- حاشية المدني كنوان علي حاشية الرهوني علي شرح الزرقاني 6 ص 253

<sup>16</sup> = شرح الزرقاني علي خليل ص 169 - الزرقاني علي الموطأ 3 ص 475 - بناني علي الزرقاني 5 ص 169

- قرار المجلس الأعلى عدد 43 بتاريخ 7-11-1960 عدد 35-36 فبراير 1961 - وقرار رقم

871 في 7 دجنبر 1982. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 33-34 ماي 1984 ص 64. وهو

تعريف أورده الرهوني علي شرح الزرقاني 6 ص 4.

موقف الحيرة، فإن مصدر الخلاف يعود إلى كون الشفعة مضمونا ثقافيا يحفل بدلالات متعددة يمكن أن تكون كل منها منطلقا لتحديد طبيعتها.

ومنشأ الإشكال الأصل الذي تفرعت عنه كافة مسائل الاختلاف، لفظ الشفعة نفسه الذي له أكثر من معنى، ولما نقل بأحد معانيه اللغوية إلى المعنى الشرعي التشريعي لم يتفق العلماء على معنى لها محدد، بل نظروا إليها من زوايا متعددة بتعدد معاني لفظها ومصادر الاستنباط وطرقه. ولما مضى عصر الرواد الفقهاء، وحل عصر المفسرين، تناول البحث التراث الرائد كله بكل أنواعه وأشكاله، فتعددت وجهات النظر بتعدد المعاني والمصادر المعتمدة، فانعدم على المستوى المفاهيمي وجود التطابق التام بين اللفظ والمعنى لوجود الفرق بين العبارة وما تدل عليه في لسان العرب، وبين ما تدل عليه العبارة ومعناها الشرعي.

خلاصته أن عبارة الشفعة تحمل عدة معان اصطلاحية مرتبطة بالمعاني اللغوية بالرغم من أنها في الشرع خاصة ولها معنى واحد لحكم واحد.

## 2 - في القانون

1- الشفعة جواز أخذ المالكين على الشيعاء حصة أحدهم إذا باعها لأجنبي مقابل أن يدفع له الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية التي أنفقها منذ البيع أو المعاوضة.<sup>17</sup>

2- الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشيعاء عقارات أو حقوقا عقارية في أن يأخذ الحصة المباعة بدلا من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> = الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود. قارن بتعريف الأستاذ أحمد الخريصي في أحكام الشفعة في التشريع المغربي طبعة الدار الحديثة الدار البيضاء - يوجد في ألمانيا نوع من الشفعة يستعمله الورثة إذا بيع العقار لأجنبي نصت عليه المادة 2074 من قانونها المدني.

<sup>18</sup> = الفصل 10 من ظهير رجب 1333 الموافق لثاني يونيو 1915.

- 3 - الشفعة حق يميز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري<sup>19</sup> .
- 4- الشفعة رخصة تميز في بيع العقار الحلول محل المشتري<sup>20</sup> .
- 5 - الشفعة حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة.<sup>21</sup>
- 6 - الشفعة حق بمقتضاه يحل الشريك على الشياح محل المشتري عندما يكون من الأغيار<sup>22</sup> .

بخلاف المشرع المصري الذي اعتبر الشفعة رخصة، يتبين من التعريفات السابقة أن جل القوانين العربية قد اعتبرها حقا، غير أن المشرع المغربي، ورغم صراحة الفصلين 974 و 25 السابقين في اعتبارها حقا، متذبذب في مصطلحاته، وغامض في مفهومها، فهو يستعمل: " الشفعة حق " ، "بمارس هذا الحق" تمارس الشفعة " ، "ممارسة الأخذ" ، "الحق في الشفعة" ، "الأخذ بالشفعة " ، "الحق في الأخذ" "أن يشفعوا"<sup>23</sup>، مما يعطي كل قارئ انطبعا بأنه إنما اعتبر الشفعة أخذا أو استحقاقا على سنة أجداده، فضلا عن أنه لم يتعد كثيرا في اعتباره إياها أخذا عن كونها تملكا، فالمعنى واحد، وإن اختلفت العبارات، لكنه، وإن لم يتعد كثيرا في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود عن تعريف ابن عرفة " الشفعة استحقاق شريك أخذ عقار أو ما يتبعه ممن تجدد ملكه اللازم بمعاوضة جبرا بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص أو ما حدده الشارع من عوض، بحيث يمكن القول إن عبارة "الشفعة استحقاق شريك أخذ" هو نفس تعبير "جاز لباقي المالكين على الشياح أن يشفعوا" وعبارة "في مقابل أن يدفعوا" هي نفس عبارة

<sup>19</sup> = المادة 238 من قانون الملكية اللبناني الملغى بقانون 5 شباط 1948

<sup>20</sup> = المادة 935 من القانون المدني المصري.

<sup>21</sup> = المادة 1127 من القانون المدني العراقي والمادة 1150 مدني أردني

<sup>22</sup> = عقد البيع في قانون الالتزامات والعقود 249 للدكتور محمد شليح جامعة محمد بن عبد الله فاس.

<sup>23</sup> = انظر الفصلين 974 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915

"بمثل الثمن... "وأن ما ورد في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 "أن الشفعة هي الحق الثابت... في أن يأخذ" هو نفس ما ورد عن الشيخ خليل من أن "الشفعة أخذ الشريك حصة شريكه جبرا بشراء"، أي "بعد أداء الثمن"، يخرج كليا عن أحكام الفقهاء المالكية في تشريع الشفعة بالحوار، سواء في الأراضي المجاورة للأثمار أو ملكية الطبقات أو ما يسمى "بالشفعة الضريبية"<sup>24</sup>.

والواقع أن للشفعة في التقنين المغربي أكثر من معنى، كما يبدو، والمشرع لم يتدع شيئا، قد استعملها بمختلف معانيها اللغوية، فتارة يقصد بها الضم، وتارة يقصد بها الزيادة والتقوية أو الإغاثة والتزويج، وتارة أخرى يسميها حقا؛ ما يعقد تحديد ماهيتها، ويشيع نوعا من عدم الثبات في الجهاز المفهومي الذي يحكم المصطلح، فضلا عن التطور الدلالي الذي صاحب الكلمة، وما دخل عليه من توظيف خارج حدود تداوله الاصطلاحي، ويجعل البحث في طبيعتها مضنيا، ويطرح عدة تساؤلات عن نطاقها وتفعيل قواعدها القانونية.

<sup>24</sup> = الدكتور محمد الكشور مجلة المغربية للقانون واقتصاد التنمية العدد 7 السنة 1984



## القسم الأول ماهية الشفعة

الماهية مصطلح يقصد به في الاستعمال العربي الحقيقة، وهو مشتق من ضمير الغائب هي، يراد بها أن الشيء أيا كان هو هو، وليس شيئاً آخر، يحافظ على وحدته الذاتية التي تجعل منه ذلك الشيء نفسه، لا يحتمل حكيمين أو وصفين متناقضين، وتطابقه، يتميز عن غيره ويستقل بذاته.

وبتعبير آخر، الماهية والهوية لفظتان مختلفتان لمعنى واحد ينطبق على موضوعه مرموزاً أو مضمرًا بضمير الغائب للجنسين لا يقبل إلا حكماً واحداً.

وببساطة، ماهية الشفعة إنما هي الجواب عن سؤال سائل عن ما هي الشفعة، غايته وصفها وصفاً دقيقاً يكشف عن مصادرها ومدى تألفها، وأركانها وكيفية تناسقها، وهيكلها ودرجة تماسكها، في إطار عام كلي يتناغم فيه قوام بنائها.

وتجدر الإشارة إلى أن تعدد أجوبة العلماء عن هذا السؤال واختلاف اتجاهاتهم فيه، قد انتهى بالبعض منهم إلى القول بأن البحث في ماهية الشفعة، كما البحث في طبيعة الأشياء بصفة عامة، عقيم، وغير عملي، وميتا فيزيقي مضى أو انه<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> = الاستشراق وخصومه للدكتور رضوان السيد في رسالة الجهاد العدد 71 السنة السابعة نونبر 1988.

- راجع: الرد على المنطقيين للإمام ابن تيمية ص 25 و26 طبعة بومباي 1947-368

- مناهج البحث في العلوم الإسلامية ص 155 للدكتور أحمد الدسوقي دار الأوزاعي 1948

- صون المنطق والكلام عن فني المنطق والكلام السيوطي ص 14- ط 1947

- في الفصل في الملل والأهواء والنحل ص 236 لابن حزم

ولذا نجد أكثر الباحثين يهتمون في مناهجهم فقط بدراسة خواص الشفعة<sup>26</sup>، ويهملون ماهيتها التصورية أو حقيقتها الذاتية<sup>27</sup>.

والبحث في هوية الشفعة يمر عبر قنوات ومحاور تؤدي معرفة إحداها إلى معرفة الأخرى في ترتيب وتنسيق منطقي ومنهجي، فتحديد هوية الشفعة يتطلب تحديد مصدرها لتحديد طبيعتها التي تحدد مجال إعمالها. وتوضيحا لذلك، وتحديدًا لمقومات الشفعة وحقيقتها، نتناول هذا القسم في باين، الأول في مصدرها وطبيعة الشفعتها، والثاني في نطاقها.

<sup>26</sup> = مصطفى مهدي هرجة م س - الدكتور السنهوري م س - عبد العظيم شرف الدين م س.

<sup>27</sup> = انظر الهبة في المذهب والقانون للدكتور عبد الرحمان بلعكيد ط 1 - 1997

- الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية لمصطفى مجدي هرجة 1986

- الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي للأستاذ محمد المحجوبي ط 1 دمشق 1993

- التحفيظ العقار والحقوق العينية الأصلية والتبعية للدكتور مأمون الكزبري 1987

- الحقوق العينية الأصلية شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي القاهرة

- الحقوق العينية الأصلية للدكتور محمد علي عمران طبعة 1979

- الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة طبعة 1992

## الباب الأول

### مصدر وطبيعة الشفعة

رغم إصرار بعض مؤرخي القوانين المعاصرة على أن قواعد الشفعة تصدر من مصادر شتى وتنبع من منابع مختلفة، نبادر وبنفس الإصرار، إلى التأكيد بأنها لسان عربي نفخ فيه الوحي نفحة ربانية. والسنة النبوية الشريفة مصدر أصلي لحكمها، في ضوء الشريعة الإسلامية<sup>28</sup> وأهدافها تتحدد طبيعتها وحقيقتها، وتفرع أحكامها، تستلزم دراستها ومناقشتها تقسيم هذا الباب إلى فصلين، الأول في مصدر الشفعة والثاني في طبيعتها.

<sup>28</sup> = الإسلامية أو الإسلامي نسبة إلى الإسلام. والإسلام أو السلم بكسر السين أو فتحها تسمية من الله تعالى للدين الذي جاء به محمد نبينا عليه السلام. وإذا تتبعنا مادة "سلم" في اللغة نجد أنها تأتي بهذه المعاني:

1 - معنى الخلوص والتعري من الآفات

2 - معنى الصلح والأمان

3 - معنى الطاعة والإذعان

وهذه الأسماء الثلاثة ألفاظ عربية لها معان هي حقائق لغوية، ولما استعملها القرآن الكريم للدلالة على الدين الذي جاء محمد بن عبد الله بن عبد المطلب صلعم اعتبر ذلك تصرفاً في المعنى اللغوي الأصلي - شأنه شأن لفظ الشفعة -، غير أنه وإن جرى عرف العلماء على تسمية الألفاظ المستعملة في المعاني الشرعية بالأسماء الشرعية فإن هذه الأخيرة تبقى وثيقة الصلة بالأولى. ومن معانيه الشرعية الإيمان بالأصول الدينية التي جاءت من عند الله تعالى "إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَوْحَيْنَا إِلَى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ وَالْأَسْبَاطِ وَعِيسَى وَأَيُّوبَ وَيُونُسَ وَهَارُونَ وَسُلَيْمَانَ وَآتَيْنَا دَاوُودَ زَبُورًا وَرَسُولًا قَدْ قَصَصْنَاهُمْ عَلَيْكَ مِنْ قَبْلُ وَرَسُولًا لَمْ نَقْصُصْهُمْ عَلَيْكَ وَكَلَّمَ اللَّهُ مُوسَى تَكْلِيمًا رَسُولًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا".

## الفصل الأول

### مصدر الشفعة

المصدر من الصدر، وصدر كل شيء عن غيره نشأ<sup>29</sup>، ويطلق في عرف الشرعيين على الدليلين النقلي والعقلي، وعند القانونيين على المنبع أو الأصل الذي استمدت منه القاعدة القانونية كيانها ومضمونها.

ونقصد به أصل أحكام الشفعة في التشريع المغربي، أو النبع الذي استقى منه المشرع أحكامها.

وتوضيحا لذلك سنتناوله في فرعين، نستعرض في الأول المصدر التاريخي للشفعة، وفي الثاني مصدرها القانوني.

<sup>29</sup>= لسان العرب مادة صدر -القاموس المحيط -البستان -المصباح المنير -مختار الصحاح

-معجم عبد النور المفصل



## الفرع الأول المصدر التاريخي

بالرغم من أن لفظ الشفعة عربي أصيل ولسان عربي مبين، وارد في كتاب الله العزيز<sup>30</sup>، فقد ادعى كثير من مؤرخي القوانين المستشرقين أن الشفعة ليست لا عربية ولا إسلامية، فردها البعض منهم إلى الشريعة العبرية، واعتبرها آخر قانونا رومانيا.

وبتعبير آخر، من مؤرخي القوانين المعاصرة من يرد مصدر الشفعة التاريخي إلى شرائع وقوانين ونظم قديمة، ومنهم من يرده إلى السنة النبوية الشريفة، وما دار حولها من اجتهاد العلماء المسلمين وخاصة منهم المؤسسين الرواد. ومما لا شك فيه، أن هذا التعدد والتنوع في مصادر أحكام الشفعة هو المنبع الأصيل لكثير من الإشكاليات التي يطرحها التنظير لأحكامها وتطبيقها، وهو ما يبين أهمية دراسة هذا الأصل بنوع من التفصيل يجلو ما يسوده من علل.

<sup>30</sup> = اظر: البقرة: 55 - النساء: 85 - الأنعام: 70، 51 - الأعراف: 53 48 - يونس: 3 - مريم: 87 - طه: 109 - الأنبياء: 28 - الشعراء: 100 - الروم: 13 - السجدة: 4 - سبأ: 23 - يس: 23 - الزمر: 4313 - غافر: 18 - الزخرف: 86 - النجم: 26 - المدثر: 48 - الفجر: 3.

## المبحث الأول الشرائع والقوانين والنظم القديمة

### المطلب الأول: الشرائع والقوانين القديمة

#### أولاً: الشريعة العبرية

يزعم كثير من العلماء اليهود أن نظام الشفاعة ينحدر من نظام الجولاح المعروف عند العشائر اليهودية القديمة، ذلك الحق الذي يعطي أقارب البائع حق أفضلية وأولوية شراء المال قبل أي مشتر آخر لا تربطه بالبائع رابطة دموية أو قرابة عائلية.

وتقضي قواعد هذا النظام بحصر هذا الحق، كما هو وارد في التوراة، في الأخ فالعم أو الخال ثم ابن العم أو الخال ثم من تربطه بالبائع أية رابطة دموية أخرى أو قرابة عائلية. ولا يسوغ للبائع أن يبيع قبل إعلام من ذكروا ورفضهم الشراء<sup>31</sup>. ويعتمد القائلون بأن الشفاعة جولاح انتقل إلى الشريعة الإسلامية، بعد تغيير هيكله وتهديب أحكامه كي يتكيف والأوضاع العبرية الجديدة، على مبررات عدة:

1- نظام الشفاعة ليس غريباً جداً عن حق الأفضلية المعروف لدى العشائر اليهودية قبل الإسلام بيثرب ووادي القرى.<sup>32</sup>

2- الشبه بين العادات العبرية قبل الإسلام وقواعد التوراة الواضح، وقيام التلموذ بدور مهم في نشر الأفكار القانونية العبرية في البلدان التي كان فيها اليهود.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> = الشفاعة في القانون السوري ص 23-24 للدكتور عباس القواتلي أطروحة باريس 1948. انظره في

آثار ممارسة الشفاعة على الملكية العقارية في ضوء التشريع العقاري المغربي ص 16 للدكتور مصطفى الإدريسي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء عين الشق المغرب.

<sup>32</sup> = تاريخ العرب قبل الإسلام: اليهودية والنصرانية بجزيرة العرب ص 6 و91 وما بعدها لجواد علي بيروت

<sup>33</sup> = العقيدة والشريعة في الإسلام ص 4 - 5 - 6 لآنس كولد تسيهر ترجمة محمد مرسي. 1959.

3- إن الفقه الإسلامي لم يكن نتيجة طبيعية للنوع العربي، بل إنه كان مستوردا من حضارات الشعوب القاطنة لبلاد فارس والشام، بحيث "إن المواد الأساسية التي شكلت القانون الإسلامي كانت في غالبيتها غير إسلامية استقاها الفقهاء المسلمون من أقاليم مختلفة وطبعوها بطابع ديني".<sup>34</sup>

4- إن ما هو صحيح من تعاليم الإسلام إنما هو مستمد من التوراة والإنجيل عن الأخبار والرهبان.<sup>35</sup>

هذه الآراء لا تنطبق على الواقع، ولا تستند على أدلة تاريخية ثابتة، لأن العرب وإن استفادوا من الحضارات السابقة في بعض العلوم، فإن ذلك لا يشمل الأحكام التشريعية.<sup>36</sup> وهي مجرد خرافات لا تستحق أن يلتفت إليها إلا أن يسخر من عدم موضوعيتها ونكارها للحقائق التاريخية وتجاهلها ما للبيئة من أثر عميق في نشوء القوانين يستحيل إسقاط اعتباره من الحساب إلا أن يجاد إلى التحكم والتضليل، وأن يتعجب من جرأتها وتدليسها وإنكارها للخلافات الجوهرية بين النظامين!!!. صحيح أن تواجد اليهود باليمن في أوائل العصر الجاهلي قد أثر في الملك ذي نواس التابعي فدخل في دينهم، ونكل بنصاري بجران، غير أن حياتهم ظلت في الحجاز مرتبطة بالاشتغال بالصياغة والحداة والنسيج "وليس بين أيدينا ما يدل

<sup>34</sup> = كنه الاستشراق ص 47 للدكتور علي إبراهيم النملة مركز الدراسات الاستشراقية كلية الدعوة المدينة المنورة 993 - ولدتسيهر م س - راجع:

- الفكر الإسلامي في مواجهة الحضارة الغربية ص 289 للدكتور الشفاقي ط 1 1995

- الإسلام لدومنيك سورديل ترجمة خليل الجر المنشورات العربية

- علوم الاستشراق والمستشرقين في العلوم الإسلامية ص 143 تأليف أنور الحندي القاهرة 1984

<sup>35</sup> = راجع: الإسلام لهنري ماسي ص 141 ترجمة هيج شعبان بيروت منشورات عويدات 1960

- رسالة اللاهوت والسياسة لسينوزا ترجمة حسن حنفي ط 4 بيروت 1997 - كنه الاستشراق م س

- إبراهيم اللبان المستشرقون والإسلام مجمع البحوث الإسلامية القاهرة 1390 هـ

<sup>36</sup> = زهدي يكن م س ص 38

دلالة على أنهم خلفوا آثارا واضحة في الجاهليين وإن حاول بعض المستشرقين إثبات هذا التأثير<sup>37</sup>.

### ثانيا: القانون الروماني

يدعي جانب من مؤرخي القانون الروماني أن نظام الشفعة مقتبس من نظام البروتيميزيس البيزنطي La Protimésis Byzantine لمجرد التشابه بين النظامين، وأن العلم التشريعي الإسلامي في نظرهم "لم يتكون إلا في أواخر العهد الأموي، بعد أن فتحت الحضارة الإسلامية أبوابها لمن أسلم من غير العرب الذين يعود إليهم الفضل في نقل المبادئ والأحكام القانونية التي عرفوها إلى الإسلام"<sup>38</sup>، ورأوا أن الشرع الإسلامي ليس إلا القانون الروماني للإمبراطورية الشرقية معدلا وفق الأحوال السياسية في المعاملات العربية بتبديل لا يذكر.

لا شك إذن في رومانية الشفعة عندهم، مادام الرومان متواجدين إلى جانب العرب في الشام والعراق زمنا طويلا كاف لتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني<sup>39</sup>، ويزعمون أن العرب قد تأثروا بالقانون الروماني عن طريق اليهود

<sup>37</sup> = تاريخ العرب قبل الإسلام لجواد علي م س - تاريخ الشعوب الإسلامية ص 43 كارل بروكلمان بيروت - منهجية علم الاجتماع المعرفي في كتابات المستشرقين عن العقيدة الإسلامية لأحمد كردي المدينة المنورة - هنري ماسي H. Massé م س

<sup>38</sup> = البروتيميزيس، نظام ضريبي، تمت المصادقة عليه في الاتفاق المسمى بيري بروتيميزوس PERI Protimésos الذي هيأه وأنشأه نوفل رومان الأول لوكابين - Nouvelle Romain premier le Capene سنة 922 ميلادية، وأصبحت بمقتضى النظام الجديد كل الأموال الموجودة بمركز حضري مسؤولة بالتضامن عن أداء الضريبة، وفي المقابل أصبح من حق كل ملزم بأداء الضريبة التضامنية أن يسترد الحصة المبيعة كي يتفادى الضريبة عن المشتري متى ظهر عسره مادام هناك تضامن بين الأموال في أداء الضريبة. راجع الدكتور مصطفى الإدريسي م ص 25

<sup>39</sup> = راجع محاضرة كارلو ألفونسو نالينو بعنوان: نظرات في علاقة الفقه الإسلامي بالقانون الروماني في المنتقى من آراء المستشرقين ص 1 و 45 لصالح الدين المنجد القاهرة. 1955

والنصارى، ما أدى إلى تأثر الفقه الإسلامي بطريقة غير مباشرة بالقانون الروماني<sup>40</sup>.

غير "أن الأدلة التاريخية الثابتة تؤكد أن القانون اليهودي بعيد نفسه عن التأثير بالقانون الروماني، وتؤكد أن هذا الأخير هو المتأثر بالقوانين اليهودية خاصة في العصر البيزنطي، إذ ظل اليهود في بلاد الشام متمسكين بتقاليد دياناتهم رمزا للتحذر والاستقلال عن الحكم الروماني، ما أدى إلى صراع بين الطرفين ترتب عنه تدمير أورشليم في أيلول سنة 70 ميلادية وإجلاء اليهود وتفرقهم في المدن الآشورية والكلدانية"<sup>41</sup>. أما بالنسبة للنصارى، فإن مراكزهم الثقافية في الإسكندرية وأنطاكية بعيدة عن الجزيرة العربية التي لم تكن تدين غاليبتها بالمسيحية، فضلا عن أن العرب قبل الإسلام كانوا أمة أمية غير متأثرين بحضارات الأمم المتحضرة المجاورة لهم<sup>42</sup>، وأن عرب نجران المتصلين بالأحباش أكثر من اتصالهم بالرومان كانوا من اليعاقبة لا من النساطرة<sup>43</sup>، ولم يتأثروا بحضارات جيرانهم إلا تأثرا شكليا<sup>44</sup>، ولم يترتب على علاقات اللخمين مع الفرس

<sup>40</sup> = تاريخ الشعوب الإسلامية 1 ص 13 كارل بروكلمان ط 2 بيروت 1953

<sup>41</sup> = بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ص 63 صوفية أبو طالب مكتبة النهضة القاهرة.

<sup>42</sup> = اليمن شماله وجنوبه وتاريخه وعلاقاته الدولية ص 22 إلى 36 محمود كامل بيروت 1968

- التاريخ السياسي للدولة العربية ص 70-93 عبد المنعم ماجد ط 3 القاهرة 1965

<sup>43</sup> = انتشرت النسطورية في الحيرة واليعقوبية في غسان وسائر قبائل الشام، والنسطورية مذهب من المذاهب المسيحية التي ظهرت في القرن الخامس الميلادي وتنتسب إلى نسطوريوس الذي رقى إلى أسقفية القسطنطينية عام 427 ميلادية، ويعتقد أنه يوجد في المسيح شخص إلهي وشخص بشري يتصل واحدهما بالآخر بانسجام تام في العمل ولكن ليس بتلك الوحدة التي تظهر في شخص واحد. واليعقوبية مذهب آخر ينسب إلى يعقوب البرذعاني، ويقول هذا المذهب إن السيد المسيح هو الله والإنسان اتحدا في طبيعة واحدة هي المسيح. للمزيد من المعلومات عن المذاهب راجع تاريخ سوريا ولبنان وفلسطين ص 309 فليب حتى بيروت.

<sup>44</sup> = التاريخ السياسي للدولة العربية ص 70-93 عبد المنعم ماجد ط 3 القاهرة 1965

- اليمن شماله وجنوبه وتاريخه وعلاقاته الدولية ص 26 - 36 محمد كامل مرسى دار بيروت 1968

- كارلو ألفونزو Nallino م س

والغساسنة مع الرومان تبديل جوهرى في العادات التي فطروا عليها<sup>45</sup>، ولم يكن يطبق عليها القانون الروماني<sup>46</sup>، كما تمسك المصريون والشاميون<sup>47</sup>، والمغاربة، بأعرافهم وعاداتهم وقوانينهم المحلية.

### المطلب الثاني: النظم العربية القديمة

الشفعة لما كانت في العربية عبارة عن ضم شيء واحد إلى آخر فيكونان اثنين، كأن الشريك يضم إلى نصيبه نصيب شريكه، كان شافعا وكانت شفعة، أي، تثنية الواحد وتشفيعه بعد الوحدة<sup>48</sup>، فقد كان الرجل في الجاهلية "إذا اشترى حائطا أو شقصا من منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفعه له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر، فيسمى ذلك شفعة، وسمي الآخر شفيعا، والمأخوذ منه مشفوعا عليه، أو إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفعه إليه، وجعله أولى بالمبيع من بعد"<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> = نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام سامي النشار ص 67-1965 -فيليب حتى -أحمد أمين م س

- تاريخ الإسلام السياسي 1ص 31-35 الدكتور حسن إبراهيم حسن 1935

- تاريخ الأدب العربي ص 97 للدكتور شوقي ضيف -الفقه الإسلامي ص 11 محمد يوسف مرسى

- حضارة الإسلام ص 14 لجستاف جرونباوم القاهرة 1956 -النظم الإسلامية ص 28 لغو دوفروا

دار النشر للجامعيين بيروت 1961 -فجر الإسلام ص 24 أحمد أمين مكتبة النهضة القاهرة 1955

- الإسلاميات بين كتابات المستشرقين والباحثين ص 15-16 الطبعة 3 بيروت 1975

- شبهات التغريب في غزو الفكر الإسلامي أنور الجندي ص 89 صبعة 1398 دمشق

- مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي فرانتز روزنطال دار الثقافة بيروت 1961

<sup>46</sup> = فجر الإسلام م س - تاريخ الرسل والملوك لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري بيروت 1965

- تقريب السيرة النبوية ص 34 270-275 لابن هشام مطبعة الخلي القاهرة 1961

<sup>47</sup> = القضاء في الإسلام ص 22 عطية مصطفى 1935 - بروكلمان ص 13 م س -عبد المنعم ماجد م س

<sup>48</sup> = تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي 6 ص 130 المباركفوري 1283-1352 بيروت

<sup>49</sup> = مقدمات ابن رشد 3 ص 61 الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي. بيروت - راجع:

- حاشية بناني على الزرقاني على خليل 6 ص 162 طبعة 2 الأميرية مصر

- حاشية الرهوني على الزرقاني م س

ينكر بعض الفقه كون الروايات السابقة، وإن كانت تتحدث عن نظام يشبه من حيث هيكله نظام الشفعة في الإسلام، سندا تاريخيا لعروبة الشفعة<sup>50</sup>.

وهذا الكلام متناقض وغير متناسق، ينفي وجود الشفعة عند العرب، ويقارن ما ورد بالروايات المتقدمة بنظام الشفعة في الإسلام، وما هي فيه إلا بلفظ عربي مبين! وهو على حاله لا يقطع بعدم وجود الشفعة عند العرب، كما لا ينفي وجودها عند غيرهم، وهو كغيره مجرد قول متسرع ومتهافت لسبيين:

### أولاً: القرآن الكريم سند لعروبة الشفعة

لقد وردت لفظة شفيع بمشتقاتها في كتاب الله تعالى، ولا شك في أن القرآن المجيد حينما استعملها لم يفاجئ العرب بها، فقد كان بوسعهم فهمها والخطاب مناسب لمؤهلاتهم وهو بلسانهم مبين، وما جاء إلا بالألفاظ المعروفة عندهم، فكان لزاماً أن يفهم من خلال معهودهم في الخطاب، ومن دلالات الألفاظ كما كانت تستعمل عندهم.

هناك ما يسميه العرب شفعا وشفاعة وشفعة، وهذه تقتضي شفيعا ومشفوعا به ومشفوعا عليه أو منه وفقا لقواعد وضوابط الاشتقاق؛ فما المقصود بكل هذه المشتقات !! أليس لها عندهم وجود واقعي مادي أو معنوي معرفي متواضع عليه! وعلام تدل هذه الكلمات المشتقة مع أن الدال جانب مادي للغلة والمدلول فكرة عنه، واللغة كما يعرفها علمها الوصفي "أنماط من النشاط الاجتماعي للإنسان

- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل 6 ص 310 لمحمد بن محمد الرعيبي المعروف بالخطاب دار المعرفة

- شرح الزرقاني على الموطأ 3 ص 475

- فقه السنة للسيد سابق 3 ص 219 طبعة أولى 1977 دار الفكر

- لسان العرب مادة شفيع رواها الشيخ عبد الله البستان عن العتي قائلاً: "إن الرجل في الجاهلية إذا

أراد بيع منزل أتاه المخاور فشفعه له أي جعله أولى من غيره".

<sup>50</sup> = الدكتور عباس القواتلي م س - راجع محاضرة كارلو ألفونصو نابينو م س

يعرض أنماطا من العادة"، والعلماء يجمعون على اعتبارها واحدا من النظم التي إن أخذت مجتمعة تكون الثقافة بمعناها الأنثروبولوجي<sup>51</sup> !.

إن ورود اللفظة حسب مشتقاتها في عشرين سورة ثمانية عشر منها مكية، دليل أكيد على أن الشفعة أو الشفاعة كانت معروفة عند العرب قبل الهجرة إلى المدينة المنورة منزل التشريع، وما قضى الرسول محمد بن عبد الله ﷺ في مكة المكرمة بالشفعة لأحد.

لقد كانت الشفعة معروفة عند العرب فعلا يؤكدها ظاهر الكتاب المبين، وتوضحها الروايات المأثورة عن النبي العدناني العربي ﷺ إجمالا. وإن قيل إن القرآن المجيد يحتوي على ألفاظ غير عربية فتكون الشفعة عجمية، علما أن القواميس العربية جمعت كل ما سمعه العرب، وما جمعه علماء اللغة، مما كان دائرا على الألسن في البلاد التي سمعت فيها العربية من عربي ومعرب ودخيل ومنحوت، رددنا القول بخلو لفظ الشفعة من علامات الذلاقة أو العلامات والرموز الدالة على العجمة، وهي لا معربة ولا مستعربة، بل لسان عربي مبين، لا يكفي لعروته أن تكون ألفاظه عربية، وإنما لابد أن تكون مستعملة في ما وضعها له العربي وضعاً.

### ثانياً: الأخبار المأثورة عن النبي دليل على عروبة الشفعة

يستشف من الأخبار الواردة عن الرسول ﷺ في موضوع الشفعة أن هذا النظام كان معروفاً عند العرب ومعمولاً به في جاهليتهم قبل الإسلام، وخاصة منها أخبار النسق الثاني التي تكاد لا تختلف في شيء عن الحكايات السابقة المتقدمة سواء في مضمونها أو في نطاقها، فكلاهما يتحدث عن الشفعة للجار أو الشريك، وعن الشفعة في العقار وحده بسبب البيع لا غير، ويفهم من فحواها أن

<sup>51</sup> = الأنثروبولوجيا تعني بالمعنى الحرفي للكلمة علم الإنسان كما ورد في قاموس مصطلحات الأنثروبولوجيا والفلكلور لمؤلفه إيكه ولنكرانس، إلا أن الأنثروبولوجيا تشعبت إلى العديد من الفروع فهناك مثلاً الأنثروبولوجيا الاجتماعية والأنثروبولوجيا التطبيقية والأنثروبولوجيا الثقافية.



الشفعة أقرها الإسلام وحدد موضوعها، وبين نطاقها، فأكمل ما كان منها ناقصا وأتى بنظرية خالدة.

بديهي أن يصطدم القضاء العربي القديم في شكله الوضعي البدائي بالقضاء الإسلامي الجديد حتى في عهد الرسول ﷺ، ولعل مختلف الأخبار الملفقة التي حاول بها الرواة الخلط والإدماج بين الشفعة بالشركة و"الشفعة بالحوار" أو بهما معا بمختلف التأويلات تظهر بوضوح مدى استمرار حكم الجاهلية وعدم استئصاله إن في عهد النبي الأمين ﷺ أو بعده.

ومما لاشك فيه أن أصحاب الرسول رضي الله عنهم قد تصدوا لهذا التنازع فأوضحوا أن صاحبهم إنما جعل الشفعة وقضى بها في المال المشترك وحكم بها للشريك وحده.

أما ما يقال عن إيجابها للحار فهو عين ما تحكيه حكايات ابن رشد وابن العربي وابن قتيبة، وهي التي تبنتها أحدث المعاجم المعاصرة واعتمدت عليها في تعريفاتها للشفعة، بالرغم من نسخ في مضمونها ونفخ الوحي في لفظها.

لقد عرضت على القضاء الإسلامي نوازل ودعاوى كثيرة فقبل بعضها ورد البعض الآخر. قبل وتصدى للنوازل والوقائع والدعاوى المقبولة شكلا ومضمونا وجوها، ورفض ما لا تتوافر فيه شروط القبول، فامتنع عن سماع دعوى الشفعة في دار أو أرض قسمت، وقبلها في كل ما لم يقسم، ورفض جريانها لمجرد الحوار، وميز بين الشفعة والصقب.

صحيح أن الحكايات أو الروايات المتقدمة السابقة لا تميز أو تفرق بين الشفعة وما تموه واختلط بها من نظم أخرى مشابهة لها، لكنها تعكس عموما الوضع العربي ونظامه القانوني والاقتصادي والاجتماعي والحضاري الثابت، وتشير إلى فهم رواها واستيعابهم لثقافة المرحلة العربية السابقة للإسلام، ثقافة قوم نطق الرسول ﷺ منهم، بعث فيهم، بلسانهم مبين.

وحاصل الروايات مسألتان حول نظامين متميزين:

### المسألة الأولى:

1- إذا اشترى أحد جهال العرب حائطا أو منزلا يأتيه الجاور أو الشريك يطلبه توليته المشتري ليتصل له الملك أو ليندفع عنه الضرر. وهي تتحدث فعلا عن الشفعة، لكنها تتحدث أيضا عن غيرها أو عن نظام شبيه بنظام الشفعة في التراث العربي، وتجعل الشفعة تولية لاتصال الملك أو لاندفاع الضرر، وتعتبرها أثرا للشراء، والشفيع فيها شريكا، أو جارا، والمشفوع عقارا.

### المسألة الثانية:

2- إذا أراد أحد جهال العرب بيع منزله أتاها الجاور يطلبه أن يجعله أولى بالبيع ممن بعد سببه. وهذه تعتبر الشفعة أولوية أو أفضلية بالشراء ممن بعد سببه<sup>52</sup> لمجرد إيجاب بيع العقار، والجار، أو أيا كان، شفيعا، مخبرة بذلك عن نظام آخر غير الشفعة.

ولاشك في أن الشريعة الإسلامية قد غيرت المعالم التي كانت عليها حياة العرب قبل نزولها، فأقرت بعض العادات السائدة، وأبقت على ما كان منها صالحا أو تناولته بالتهذيب والتقويم، وأوجدت علاقات قانونية وأنظمة جديدة، غايتها تحقيق العدل والإنصاف في المجتمع الإسلامي.

خلاصة ما سبق أن الشفعة تقنية قديمة، وسابقة للقانون الروماني، ولا تمت بصلة للقانون العبري. وهي، لفظيا، عربية جذرا ومصدرا، قضى بها عند العرب، وسار مفعولها في أنظمتهم وعاداتهم، ولما نزل الوحي لإصلاح حالهم وتنوير سبلهم، نفح فيها نفحة إسلامية فاستقامت، وخلصت مما كان يعتريها من عيوب.

<sup>52</sup> = رب هذا أصل ومصدر استيقاء بعض الفقه القانوني قولهم بأن "الشفعة أولوية الشفيع في الشراء".  
ونعتقد أنه مجرد تحريف وتغيير لفظي لخبر جابر بن عبد الله السابق.

## المبحث الثاني المصدر الإسلامي

السنة النبوية الشريفة<sup>53</sup> مصدر موضوعي للشفعة، والفقهاء الإسلامي مصدر عقلي لأحكامها التطبيقية الواقعية، فالتراث دائر بين النقل والعقل. لقد كان الرسول ﷺ يشرع ويقضي في شؤون المسلمين بيانا وتفسيرا للقرآن الكريم أو جوابا عن حكم سكت عنه. وكانت سنته من الكثرة بحيث يضيق عندها الحفظ. وبالرغم من أنها بدأت بتزول الوحي الإلهي سنة 610 ميلادية على محمد بن عبد الله بن عبد المطلب في مكة المكرمة، لم يبدأ تدوينها رسميا حتى مستهل القرن الثاني الهجري، فوصلنا معظمها عن طريق الآحاد ومرويا بمعناه<sup>54</sup>،

<sup>53</sup> = السنة في اللغة الطريقة، وفي الاصطلاح الشرعي معناها العمل المشروع، ففي صحيح ابن حبان عن عبد الرحمن بن تمامة قال صلى بنا رسول الله ﷺ فقام ونحن جلوس، فقال الناس: سبحان الله، فلم يجلس، فلما فرغ من صلاته، سجد سجدين وهو جالس، فقال: إني سمعتكم تقولون: سبحان الله كيما أجلس، وليس تلك سنة، وإنما السنة الذي صنعته. وتطلق عند فقهاء الشافعية على ما كان نقلا عنه النبي ﷺ، وعند المالكية على ما أمر به وواظب عليه ولم يوجهه، وعند الأصوليين على أفعاله وتقريراته.

وقد كان المسلمون إلى أوائل النصف الأول من القرن الثاني الهجري يعتبرونها المصدر الثاني للتشريع الإسلامي بجانب كتاب الله، حتى ظهرت طوائف في أواسط القرن الثاني أخذت تقف منها مواقف يختلف بعضها عن بعض، فطائفة رفضت حجيتها في التشريع بصفة عامة، وأخرى رفضت منها ما روي بطريقة الآحاد - أو الأخبار الخاصة كما يعبر عنها الشافعي - وثالثة رفضت منها كل ما لم يعاضده قرآن: راجع كتاب الأم 7 ص 250 للإمام الشافعي - الإحكام 1 ص 44 لابن حزم القاهرة. 1345

<sup>54</sup> = وقف الإمام مالك من رواية الحديث بالمعنى موقفا وسطا، فأجازته فيما لم يرفع إلى الرسول ﷺ، وتشدد في منعه في الأحاديث المرفوعة حتى أنه كان يتحفظ في الباء والتاء، - رواد عنه البيهقي في مدخله - انظر الباعث الحثيث ص 158 وقارن بالكفاية ص 179، وأجازته الجمهور، لمن كان عالما بالألفاظ ومدلولاتها - الرسالة المستظرفة لبيان كتب السنة المشرفة ص 6 محمد بن جعفر الكتاني 1406، قديما

فكان بذلك مثار اختلاف بين فقهاء الحديث من جهة القبول والرد والثبوت وعدمه، فابنبنى على ذلك اختلاف الفقهاء فى الأحكام المستنبطة منها، كما أصبح مطية لوضع أخبار عن الرسول الأمين المعصوم ﷺ.

### المطلب الأول: السنة النبوية

الشفعة سنة نبوية، لا أصل لحكمها فى القرآن المجيد<sup>55</sup> إلا جملة الأمر بطاعة الرسول ﷺ، والتسليم لحكمه وقضائه<sup>56</sup>. وهى إما بوحي جلي من الله تعالى عن طريق الملك جبريل عليه السلام أو إلهام قذف فى قلب النبي ﷺ، وإما بقضاء واجتهاد منه<sup>57</sup>، وهى قول وعمل، بذل الصحابة رضى الله عنهم جهدهم فى حفظها واستيعابها ونقلها إلى التابعين<sup>58</sup>، غير أن التأخير فى تدوينها فى كتب فى

---

وحدثنا، بشروط معينة. قال عبد الرزاق ذات مرة لسفيان: حدثنا بحدث أبي الزعراء كما سمعت. قال: يا سبحان الله!! ومن يطبق ذلك؟ إنما نبيحكم بالمعنى - راجع: مفاتيح علوم الحديث ص12.

<sup>55</sup> روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "السنة سنتان، سنة فى فريضة، وسنة فى غير فريضة، السنة التى فى فريضة أصلها فى كتاب الله، أخذها هدى وتركها ضلالة، والسنة التى ليس أصلها فى كتاب الله الأخذ بها فضيلة، وتركها ليس بخطيئة". مجمع الزوائد ومنبع الفوائد 1 ص 122 نقلا عن الطبراني فى الأوسط، وقال مكحول: "السنة سنتان، سنة الأخذ بها فريضة، وتركها كفر، وسنة الأخذ بها فضيلة، وتركها إلى غيرها حرج". سنن الدارمي 1 ص 145 - تأويل مختلف الحديث ص 65

<sup>56</sup> كقول الله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ" وقوله "وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولَ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا".

<sup>57</sup> أنظر أنواعها فى الفوائد الجامعة فى عدة مسائل نافعة ص 51 لعبد السلام السميح وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية 9 ص 199

- مصادر الشريعة الإسلامية مقارنة بالمصادر الدستورية ص 3 للدكتور المستشار علي ط 1 ص 1979

<sup>58</sup> أخرج البخاري عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: كنت أنا و جاري من الأنصار فى بني أمية بن زيد، وهى من عوالي المدينة، وكنا تتناوب التزول على الرسول الكريم ﷺ يتزل يوما، وأنزل يوما، فإذا نلت حنته بخبر ذلك اليوم من الوحي وغيره، وإذا نزل فعل ذلك. انظر البخاري كتاب العلم 1 ص 185 مع فتح الباري.

الأجيال الأولى من صدر الإسلام قد سمح بوضع أخبار مزيفة ونسبتها إلى الرسول المعصوم ﷺ إما بدون قصد وإما كذبا وبهتاناً<sup>59</sup>.

ولا يخفى أن الصحابة الذين رووا عن النبي ﷺ أحاديثه وأخباره ما كانوا يكتبونها في المجلس الذي سمعوها فيه، ولا كانوا يكررونها فيه، بل سمعوها ثم تركوها مخزونة في ذاكرتهم، ولم يرووها إلا بعد مرور فترة من الوقت<sup>60</sup> ما يلزم معه القطع بتعذر روايتها بنفس ألفاظ الرسول المبلغ ﷺ، فشاعت الرواية بالمعنى بين المحدثين، وكان أكثرهم لا يراعون ألفاظ النبي الصادق التي نطق بها، وإنما ينقلون إلى من بعدهم معنى ما أراده بألفاظ شتى ومختلفة يزيد بعضها عن البعض الآخر أو ينقص. وعندما انتقل المدونون من عهد الخبر المحفوظ في الصدور إلى عهد المخزون في السطور، نقلوا كل ما وصل إليهم، نيتهم وغايتهم أداء شهادتهم وسمعهم، فخاطبوا عبر الكتابة الأجيال المقبلة تماماً كما لو كانوا يخاطبون جلساء لهم يقلدوهم أمانة تبليغ أقوالهم.

وعموماً، فأخبار الشفاعة تدرج، وفقاً لمنهج المحدثين وضوابطهم في علم الرواية والدراية، في خانة الخبر الضعيف، الثابت منها وغيره، فهي عند فقهاء الحديث

<sup>59</sup> = يظهر أن الوضع في الحديث قد حدث في عهد الرسول ﷺ لأن حديث "من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من نار" يغلب أنه إنما قيل لحادثة حدثت زور فيها عليه. وبعد وفاته كان الكذب عليه أسهل، وتحقيق الخبر عنه أصعب. وتعد سنة أربعين من الهجرة الحد الفاصل بين صفاء السنة وخلوصها من الكذب والوضع، وبين التزايد فيها واتخاذها وسيلة لخدمة الأغراض السياسية والانقسامات الداخلية التي اتخذت شكلاً دينياً كان له أبلغ الأثر في قيام المذاهب الدينية. "راجع: فجر الإسلام لأحمد أمين ط 1 - النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير 1ص3 القاهرة 1311

<sup>60</sup> = مفاتيح علوم الحديث ص 11: وينكر بعض المستشرقين تدوين الحديث في عهد الرسول ﷺ. انظره في مؤلف كولدزيفر Etude sur la traduction islamique وراجع طعنه في الصحابة بأمش ص 287 من كتاب علوم القرآن لصحي الصالح.

الرواد، في عمومها، ما عدا حديث ابن عباس، إما مرسل<sup>61</sup> أو متفرد به أو منكر أو شاذ، وإما موضوع.

### أولاً: عرضها

من المفيد عرض الأخبار الواردة في الموضوع في تصنيفين:

### التصنيف الأول

أولاً: روى:

- الترمذي:

عن ابن عباس عن الرسول ﷺ

1- الشريك شفيح والشفعة في كل شيء<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> المرسل من الحديث ما سقط من سنده راو بين التابعي والرسول ﷺ، كأن يقول التابعي مباشرة: قال رسول الله ﷺ. وقد أخذ أبو حنيفة وأحمد ومالك بمراسيل القرون الثلاث الأولى، ولم يأخذ بها الظاهرية. واختلفوا في إفادة خبر الأحمد علم اليقين أو عدم إفادته له، فذهب الإمام أحمد وبعض أهل الحديث وأبو داود الظاهري وابن حزم إلى أنه يفيد العلم ويوجب العلم به، لأنه لا عمل من غير علم. وذهب الحنفية وجمهور المالكية وغيرهم إلى أنه يفيد الظن ويوجب العمل، وأنه لا تلازم بين وجوب العمل وإفادة علم اليقين، بل يكفي بوجوب العمل الظن الراجح. ولكل من الطرفين أدلت. بينما لا يقبله المعتزلة إذا رواه عدل واحد إلا إذا انضم إليه خبر عدل آخر وتعضده موافقة ظاهر الكتاب أو ظاهر خبر آخر أو يكون منتشرًا بين الصحابة أو عمل به بعضهم. وقال البعض بين الفرد والغريب رابط مشترك لغة واصطلاحاً، وهو مفهوم التفرد، وقد سوغ هذا الرابط لبعض العلماء بالحكم بترادف الفرد والغريب. قال ابن تيمية: قد أغفل من سوى بينهما. ويجمع المنكر والشاذ في اشتراط المخالفة، ويفترقان في أن الشاذ رواية ثقة أو صدوق، والمنكر رواية ضعيف: انظر في التفاصيل - الباعث الحثيث ص 55 - المستصفى 1 ص 93-98 - الاحكام ابن حزم 1 ص 97 - هامش التوضيح 2 ص 8 - الاحكام الآمدي 2 ص 49

-تدريب الراوي ص 55 -معرفة علوم الحديث، المقدمة، للحافظ النيسابوري دار الكتب العامة بيروت  
<sup>62</sup> أخرجه البيهقي بعدة طرق، وقال: وهم أبو حمزة في إسناده، ثم صوبه عن طريق إسرائيل عن عبد العزيز عن ابن أبي مليكة مرسلًا، وأضاف وقد روي بإسناد آخر ضعيف عن ابن عباس موصولاً. ولا يعرف الترمذي مثلاً له قائلًا بأن "أهل العلم لم يروا الشفعة في كل شيء، وبعضهم يرى ذلك، والأول أصح"، على أن أبا حمزة -يقول ابن القيم 2 ص 141- ثقة احتج به صاحبها الصحيح. والحديث تعضد الآثار الأخرى رفعه إلى الرسول ﷺ. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار في باب الشفعة 2 ص 268،

- ابن أبي شيبة:

عن ابن أبي مليكة عن الرسول ﷺ

2- الشريك شفيع في كل شيء.

عن ابن عباس عن النبي ﷺ:

3- الشفعة في العبد وفي كل شيء<sup>63</sup>.

- ابن حزم:

عن جابر قال:

4- قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء<sup>64</sup>.

عن ابن أبي مليكة قال:

5- قضى الرسول ﷺ بالشفعة في كل شيء الأرض والدار والجارية

والخادم<sup>65</sup>.

عن سعيد بن المسيب

6- الشفعة في الدور والأرضين ولا تكون إلا بين الشركاء<sup>66</sup>.

---

وقال: رجاله ثقة، وأخرج له شاهدا من حديث جابر، بإسناد لا بأس برواته، يقول الحافظ في الفتح. أخرجه ابن حزم. أشار إليه الزرقاني على الموطأ، وقال: شد عطاء فأخذ بظاهره، فقال بالشفعة في كل شيء، وحمله الجمهور على العقار. قال ابن حجر: رجاله ثقة.

<sup>63</sup>= وعلق بقوله: هذا هو الصواب. وقد قيل عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس. قال ابن حجر: رجاله ثقة.

<sup>64</sup>= وعن عفان بلفظ "في العبد شفعة وفي كل شيء". وقال مالك "لا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير ولا بقرة ولا شاة ولا في شيء من الحيوان ولا في ثوب". ونسب إليه القول بما في الحيوان

<sup>65</sup>= رواه أبو جعفر الطحاوي، وقال: رواة هذا الحديث ثقة، وإن غرب بهذا الإسناد. قال عطاء: إنما الشفعة في الأرض والدار، قال: فقاله له: ابن أبي مليكة، تسمعني لا أم لك؟ أقول: قال رسول الله ﷺ ثم تقول مثل هذا. وقال ابن حزم: وإلى هذا رجوع عطاء، وأضاف: ثنا أبان عن عبد الله الجلي قال: سألت عطاء عن الشفعة في الثوب، فقال: له الشفعة. وسألته في الحيوان، فقال: له الشفعة. وسألته عن العبد فقال: له الشفعة. وهو قول أهل مكة والظاهر. راجع اعلام الموقعين 1ص. 140

<sup>66</sup>= رواه البيهقي عن سليمان بن يسار بلفظ "الشفعة في الدور والأرضين". أخرجه الطبراني في الكبير عن عبادة.

- أبو داود

عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ:

7- الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن باع فهو أحق به<sup>67</sup>.

- مسلم

عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ:

8- الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه.<sup>68</sup>

9- قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به.

- البيهقي:

عن عبادة بن الصامت:

10- قضى الرسول ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الدور والأرضين.

عن سعيد بن المسيب

11- قضى الرسول ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الدور والأرضين ما لم تقسم فإذا قسمت وافترق فيها الحدود فلا شفعة فيها.

عن أبي سلمة وعن أبي هريرة وعن جابر عن النبي ﷺ قال:

12- الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة.

<sup>67</sup> = موطأ عبد الباقي: إنما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض، أما ما لا يصلح فيه

القسم فلا شفعة فيه.

<sup>68</sup> = رواه ابن حزم بلفظه



- النسائي:

عن أبي سلمة عن رسول الله ﷺ قال:

13- الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة.

- مالك:

عن أبي سلمة

14- قضى الرسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت

الحدود بينهم فلا شفعة.

15- قضى الرسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة

فيه.<sup>69</sup>

16- قضى الرسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا صرفت الطرق وقعت

الحدود فلا شفعة.

- البيهقي:

عن أبي هريرة

17- قضى الرسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت

الطرق فلا شفعة.

18- قضى الرسول ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا حدثت الحدود وصرفت

الطرق فلا شفعة.

19- قضى الرسول بالشفعة فيما لم يقسم وأما مال قسم عليه فلا شفعة فيه.

عن جابر

20- قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود

وصرفت الطرق فلا شفعة.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> وقال: هكذا رواه مالك بن أنس في الموطأ مرسلًا، -ولا أثر له فيه.

<sup>70</sup> رواه ابن ماجه بلفظه عن أبي هريرة، وابن أبي شيبه عن أبي سلمة والبيهقي عن أبي هريرة. رواه

21- إنما جعل الرسول ﷺ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود  
وصرفت الطرق فلا شفعة<sup>71</sup>

عن أبي هريرة عن الرسول ﷺ:

22- إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها<sup>72</sup>.

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:

23- إذا صرفت الطرق وعرف الناس حدودهم فلا شفعة بينهم.

عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال:

24- إذا حدثت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

- الترمذي:

عن جابر عن النبي ﷺ قال:

25- إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

ثانيا: روى:

- عن جابر عن النبي ﷺ:

- الترمذي:

26- الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقهما  
واحدا<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> = ورد بإعلام الموقعين م س. قال أبو عاصم: سعيد بن المسيب مرسل وأبو سلمة عن أبي هريرة متصل. وفي الزوائد إسناده صحيح. رواه وقال: رواه البخاري وابن حزم عنه. رواه أبو داود وابن ماجه.

<sup>72</sup> = رواه ابن أبي شيبة بلفظ آخر. رواه أبو داود وقال: أخرجه ابن ماجه مسندا ومرسلا عن أبي سلمة.

<sup>73</sup> = رواه وقال: قال الشافعي: سمعنا بعض أهل العلم بالحديث يقول: نخاف أن لا يكون هذا الحديث محفوظا. وقال الخطابي: عبد الملك بن أبي سليمان لين الحديث، وقد تكلم الناس في هذا الحديث. وقال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث غريب ولا نعلم أحدا رواه غير عبد الملك بن أبي سليمان، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث، وقد روى عنه شعبة وسفيان الثوري، وقال: حسن غريب، والعمل عليه عند أهل العلم - رواه الدارمي بمعناه وقال حاشية: "رجاله ثقة". وقال "أخرجه النسائي بنحوه. ولا وجود له في سننه. أخرجه ابن حزم في المحلى. رواه ابن ماجه.

- أبو داود:

27- الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما

واحدا.

- البيهقي:

28- الجار أحق بشفعة أخيه ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقهما

واحدا.

- ابن أبي شيبة:

29- الجار أحق بشفعة جاره إذا كان طريقهما واحدا ينتظر بها وإن كان

غائبا<sup>75</sup>.

- الزيلعي:

30- الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا وإن كان طريقهما

واحدا<sup>76</sup>.

31- جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان

طريقهما واحدا.

<sup>75</sup> = حكي عن شعبة أنه أنكر هذا الحديث وقال: إن روى عبد الملك حديثا آخر مثل هذا تركت حديثه. وجعله بعضهم رأيا لعتاء أدرجه عبد الملك في الحديث. قال أبو عيسى الترمذي: قلت لمحمد بن إسماعيل في هذا؟ فقال: تفرد به عبد الملك. وحكي أمية بن خالد عن شعبة قال: قلت له: ما لك لا تحدث عن عبد الملك وأنت تحدث عن محمد بن عبد الله العزمي وتدع عبد الملك بن أبي سليمان العزمي وإنه كان حسن الحديث؟ قال: من حسنه فررت. غير أن عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق لم يتعرض له أحد بالجرح البتة، وأنى عليه أئمة زمانه، ومن بعدهم، وإنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظنا منهم أنه مخالف لرواية الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"، لهذا شهد الأئمة بإنكار حديثه، ولم يقدموه على حديث هؤلاء، الذي في الحقيقة لم يروه جابر بلفظه. - راجع في الموضوع: سنن أبي داود ص 788

- كتر الدقائق 5 ص 249 للإمام عثمان بن علي الزيلعي بولاق 1314

<sup>76</sup> = أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ص 8 79 وابن حزم في المحلى ص 9 01

- الطبراني:

32- الصبي على شفيعته حتى يدرك فإذا أدرك، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك.

- البيهقي:

عن شريح قال:

33- الشفعة بقدر الأنصباء.

عن فقهاء المدينة يقولون:

34- في النفر يرثون من أبيهم مالا فيموت أحدهم ويترك ولدا فيبيع أحد

ولده حقه في ذلك المال فالولد وأعمامه شركاء في الشفعة على قدر

حصصهم إذا كان المال لم يقسم ووضعت فيه الحدود.

- قال مالك<sup>77</sup>:

35- الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم يأخذ كل منهم بقدر نصيبه.

36- لا تقطع شفعة الغائب غيبته وإن طالت، وليس لذلك عندنا حد تقطع

إليه الشفعة.

37- في الرجل يورث الأرض نفرا من ولده، ثم يولد لأحد النفر، ثم يهلك

الأب فيبيع أحد من ولد الميت حقه في تلك الأرض فإن أخ البائع أحق

بشفيعته من عمومته شركاء أبيه.

- ابن ماجة:

عن أبي رافع قال: قال الرسول ﷺ:

38- الشريك أحق بسقبة ما كان<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> = بنى مالك أحكامه على ما كان سائدا من عرف في المدينة المنورة. راجع: الاجتهاد والمنطق الفقهي في

الإسلام ص360 س - الفصول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لحمد بن علي الشوكاني ط 1327

انظر: المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ومعها مقدمات ابن رشد دار الفكر

<sup>78</sup> = تكلم أهل الحديث في إسناده واضطراب الرواة فيه، فرواه البعض عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع،

ورواه البعض الآخر عن أبيه عن أبي رافع، وأرسله بعضهم. يقول الإمام الشوكاني: سنده جيد وليس

فيه شيء من اضطراب.

- ابن أبي شيبة:

عن الشعبي يقول: قال رسول الله ﷺ:

39- الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب<sup>79</sup>.

- البخاري:

عن أبي رافع عن رسول الله ﷺ قال:

40- الجار أحق بصقبه<sup>80</sup>.

عن الشريد: قلت يا رسول الله صلعم أرض ليس لأحد فيها شرك

ولا قسم قال:

41- الجار أحق بسقبه ما كان.

عن سمرة عن النبي ﷺ قال:

42- جار الدار أحق بالدار من غيره<sup>81</sup>.

- ابن أبي شيبة:

عن الحكم وحماد

43- إذا كانت الدار إلى جنب الدار ليس بينهما طريق ففيها الشفعة<sup>82</sup>.

عن الحسن

44- إذا كان بين الدارين طريق فلا شفعة

<sup>79</sup> = أخرجه عبد الرزاق في مصنفه 8ص79 وابن حزم في المحلى 9 ص 124

<sup>80</sup> = أخرجه البيهقي والنسائي. رواه أبو داود وابن ماجه. رواه الترمذي وقال: هو قول الثوري وابن مبارك وأهل الكوفة.

<sup>81</sup> = رواه أبو داود بلفظ "جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض". قال الشافعي المراد بالجار الشريك.

<sup>82</sup> = أخرجه ابن حزم

## التصنيف الثاني:

ثالثا: روى:

- البزار:

عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال:

45- لا شفعة إلا في ربع أو حائط ولا ينبغي له أن يبيع حتى يأمر صاحبه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك.

- البيهقي:

عن أبي هريرة عن الرسول ﷺ قال:

46- لا شفعة إلا في دار أو عقار."

عن شريح:

47- لا شفعة إلا في أرض أو عقار.

48 - الغائب على شفيعته إذا قدم والصغير على شفيعته إذا كبر وليس في الحيوان شفعة.

عن عثمان رضي الله عنه قال:

49 - إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ولا شفعة في بئر ولا في فحل نخل.<sup>83</sup>

50- لا شفعة في بئر ولا فحل والأرف يقطع كل شفعة<sup>84</sup>.

عن شريح والحسن قالا:

51- ليس في الحيوان شفعة<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> = رواه مالك عن عثمان، وقال: وعلى هذا الأمر عندنا، وأضاف: ولا شفعة في طريق ولا عرصه دار صلح القسم فيها أو لم يصلح. قال أحمد: ما أصححه من حديث!! وروى أبو الخطاب عن النبي ﷺ

قال: "لا شفعة في فناء ولا في طريق ولا في منقبة": أعلام الموقعين م س ص 141

<sup>84</sup> = الأرف، بضم الهمزة وفتح الراء، المعالم والحدود.

<sup>85</sup> = قال البيهقي: في سندهما محمد بن عبد الرحمان البيلماني، وهو ضعيف، ضعفه يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث.

عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال:

52- لا شفعة لغائب ولا لصغير ولا لشريك على شريكه إذا سبقه  
بالشراء.<sup>86</sup>

53- لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل عقال<sup>87</sup>.

54- لا شفعة لصبي ولا لغائب وإذا سبق الشريك شريكه بالشفعة فلا شفعة  
والشفعة كحل عقال.

55- الشفعة كحل عقال فإن قيدت ثبت حقه وإلا فاللوم عليه.

56- الشفعة لا تترث ولا تورث.

عن شريح:

57- إنما الشفعة لمن واثبها.

- ابن ماجة:

عن ابن عمر عن الرسول ﷺ:

58- الشفعة كحل عقال.

- ابن أبي شيبة:

عن جابر

59 - قضى رسول الله ﷺ بالشفعة والجوار.

عن عمر بن راشد السلمي قال: سمعت الشعبي يقول:

60- قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بالجوار<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> = رواه ابن ماجة بلفظ "لا شفعة لشريك على شريك إذا سبقه بالشراء ولا لصغير ولا لغائب". وقيل في هامشه: أي إذا اشترى أحد الشركاء الثلاثة نصيب واحد منهم فليس للشريك الآخر أن يأخذ شيئاً منه بالشفعة.

<sup>87</sup> = في إسناده محمد بن عبد الرحمان البيلماني وهو لين الحديث. في الزوائد قال ابن عدي: كل ما يرويه البيلماني قليل منه فيه، وقال: حدث عن أبيه نسخه كلها موضوعة، ولا يجوز الاحتجاج به ولا أذكره إلا على وجه التعجب. قال السبكي في شرح المنهاج: المشهور أن معناه أنها تفوت إن لم يتندر إليها.

عن مغيرة بن إبراهيم قال:

61- الشريك أحق بالشفعة فإن لم يكن له شريك فالجار<sup>89</sup>.

عن شريح قال:

62- الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من الجار والجار أحق من سواه<sup>90</sup>.

عن أبي سعيد الخدري

63- الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره.

عن إبراهيم

64- لا شفعة للمشارك والأعرابي وغيره<sup>91</sup>.

عن الشعبي قال

65- لا شفعة لأعرابي ولا مشترك<sup>92</sup>.

66- ليس لأعرابي ولا لمن لا يسكن المصر شفعة<sup>93</sup>.

67- ليس لليهودي ولا نصراني شفعة.

<sup>88</sup> = وأخرجه بعدة طرق. رواه النسائي عن محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة عن الفضل بن موسى عن حسين وهو ابن واقد. رواه البخاري في باب الشفعة وفي البيوع باب بيع الشريك، وباب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً، وفي الشركة باب الشركة في الأرضين، وفي باب إذا قسم الشركاء الدور، وفي باب الحيل باب الهبة. أخرجه عبد الرزاق ومسلم في المساقاة باب الشفعة. أخرجه الترمذي في الأحكام في باب إذا حدث، وفي باب الشفعة للغائب

<sup>89</sup> = أخرجه الزيلعي في نصب الرواية عن ابن أبي شيبة.

<sup>90</sup> = أخرجه الزيلعي. أخرجه الأعظمي بهامش مصنف عبد الرزاق 8 ص 78. رواه ابن حزم في المحلى 9

ص 122. - انظر الأم 3 ص 133 للشافعي ط 1 المطبعة الكبرى الأميرية بولاق 1331

<sup>91</sup> = أخرجه عبد الرزاق في مصنفه 8 ص 85.

<sup>92</sup> = أخرجه عبد الرزاق م س

<sup>93</sup> = ذكره ابن حزم في المحلى 9 ص 115. وقال: ليس لأعرابي شفعة.



### ثانيا: قراءتها

من البداهة أن تعطي أول قراءة للأخبار السابقة القارئ انطباعا باختلال واضطراب حال الشفعة، وتستوقف الباحث ما يلاحظه من خصومات طوال ثقال وعنيفة يزخر بها تفسير ودراسة هذا الأثر النبوي، تناولت الأخبار وطرق نقلها وحفظها وتدوينها وتقنينها.

بديهي أن يقال: إن المحدثين قاموا بدراسة تحليلية لهذه الأخبار، وبحثوا عن أحوال الراوي والمروي، وما بقي لغيرهم شيء يقوله. لكن ما أسرع تبدد هذا الوهم عند البحث العميق، والنظر الدقيق. فبالرغم من كون دراسة العلماء للأخبار الواردة في الشفعة دائرة حول الإسناد والمتن من حيث القبول والرد، في تقسيم ثنائي، يقول بالصححة في حالة القبول، وبالضعف في حالة الرد، فإن مما لا شك فيه أنهم عنوا بإسناد الأخبار أكثر من متنها، وهذا عيبهم الأساس الذي نجمت عنه سائر معايب فقه الشفعة على الإطلاق.

لقد عول العلماء المسلمون أولا وأخيرا في تحديد صححة وسلامة أخبار الشفعة على عنصر الشكل فيها فقط، رغم التزامهم بقواعد علم الحديث رواية، فصاروا يجرحون ويعدلون ويلفنون، فإنهم تساهلوا فيها دراية، فبقيت الأخبار متضاربة ومتناقضة ومتعارضة، لا يمكن قبولها جملة على حالها.

وسواء كان مدار الخلاف حول الرواة أو المتون، وبالرغم من مجهودات العلماء الرواد الجبارة في تأسيس حقيقة الشفعة، فإن الأخبار المؤصلة لبنائها، الصحيح منها وغير الصحيح، ما تزال تشكل ذاكرة الشفعة وعقلها، تتناقلها المؤلفات والروايات، مع أنها تمثل نموذجا فريدا تكاد تجتمع فيه مختلف القضايا التي يطرحها مصطلح علم الحديث.

ويرجع السبب في ذلك في تقديرنا إلى تورط العقل في معالجة النصوص، فضلا عن عدم فصل قضايا الشفعة عن قضايا الأنظمة المشابهة لها.

والواقع أن الأخبار الواردة في الموضوع تتناول نظامين في نسقين، أحدهما يتعلق بالشفعة، والآخر بالصقب. وإذا كان نظام الصقب وعلاقته بالشفعة واضحا، فإن نظام الشفعة في ذاكرته يتكون في الحقيقة من نسقين متعارضين لا يمكن التوفيق بينهما، لأن الأول، وإن كان في مجموع نصوصه أو بنياته مختلفا في بنائه، محتملا في معناه، يتوافق في عمومته، بالرغم مما وجه إليه من جرح وتعديل؛ أما الثاني فهو تعارض في تناقض، يعارض الأول، ويتناقض مع نفسه، وإن أسند إلى ثقة أسندت<sup>94</sup> إليهم أخبار عدة موثوق بصحتها في النسق الأول. ومنشأ التعارض في أخبار الشفعة عدم إمكانية ومعقولة إسناد النسقين كليهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، لاستحالة التوفيق بين كل ألفاظهما وبنائهما المستعملة لتبليغ الحكم الشرعي لما يسودها من إهام لا يعرف له وجه، وغموض مغلق لا مدخل له، ولا اجتماع حكيم متناقضين في محل واحد، مما لا يتصور قطعا بين النصوص الشرعية.

أكد أن الدوغماتية المفرطة في النقل والالتزام الجامد بالمنهج وبتأنيده التزاما شديدا من طرف المحدثين المدونين منهم على الخصوص قد أدى إلى نقل أخبار متعارضة باسم الأمانة العلمية أحيانا، وأحيانا بفرض المنهج نفسه، إذ قد يوصل المنهج إلى نتائج لا يرضى عنها المدون، لكنها، تكون ملزمة له، فينقل ما وصل إليه ممن يثق بهم دون أن يأبه لما رواه غيره مما يناقض روايته أو يعارضها، بل حتى بما رواه نفسه من تناقض<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> = السند ما بين الضفة والوادي أي السفح قال الشاعر النابغة الذبياني:

يا دار مية بالعلياء فالسند أقرب وطال عليها سالف الأبد

والسند هو الإخبار عن طريق المتن، وهو رفع الحديث إلى قائله ويقال السند والإسناد

<sup>95</sup> = قال ابن الجوزي في كتابه نقد العلم والعلماء: فترى المحدث يكتب ويسمع خمسين سنة، ويجمع الكتب، ولا يدري ما فيها. ولو وقعت له حادثة في صلته لافتقر إلى بعض أحداث المتفقهة الذين يترددون إليه لسماع الحديث منه. وقد كان فيهم من يقدم على الفتوى بالخطأ لتلا يرى بعين الجهل، وبعضهم يفتي بما يصير به ضحكة. ومنهم قوم آثروا سماع الحديث ولم يكن مقصودهم صحيحا، ولا أرادوا معرفة

لقد نسب، مثلا، إلى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله "فضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء فإذا وقعت الحدود فلا شفعة" قوله "لا شفعة إلا في ربع أو حائط ولا ينبغي له أن يبيع حتى يأمر صاحبه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك"، وفي هذا تناقض ظاهر لا يعقل نسبه إلى هذا الصحابي الجليل!. وهذا البحث لن ينحشر ضمن مؤلفات أصحاب الجرح والتعديل<sup>96</sup>، لا لأن

---

الصحيح من غيره، وإنما كان مرادهم الغوالي والغرائب، فطافوا البلدان ليقول أحدهم: لقيت فلانا، ولي من الأسانيد ما ليس لغيري، وعندي أحاديث ليست عند غيري"  
<sup>96</sup>= معلوم أن لا سبيل إلى معرفة ما ورد عن النبي ﷺ من أحاديث وأخبار إلا عن طريق الرواة الذين نقلوها جيلا بعد جيل، وطبقة بعد طبقة، حتى تم تدوين السنة. ولذلك كان الاطلاع على أحوال أولئك الرواة، وتبع مسالكهم، وإدراك مقاصدهم وأغراضهم، ومعرفة مراتبهم وطبقاتهم، وتمييز ثقافتهم من ضعافتهم، الوسيلة الأهم لمعرفة صحيح الأخبار من سقيمها، ما نتج عنه نشوء علم الجرح والتعديل الذي لا تعرف مثله أمم أخرى، فوضعت له القواعد، وأسست له الأسس، وضبطت له الضوابط، فصار مقياسا دقيقا ضبطت به أحوال الرواة، من حيث التوثيق والتضعيف.

ولأهمية هذا العلم، وأثره في ضبط السنة النبوية وحفظها، وسد أبواب الجحود فيها، فقد بذل المستشرقون والمستغربون جهدهم في الطعن فيه، زعما أنه علم قائم على الفوضى والمزاجية، وبحسب ما تلميه الظروف والأهواء، ليس مبنيا على قواعد علمية دقيقة يحتمك إليها المحدثون، ولهذا كان للاختلاف المذهبي والطائفي أثره في تحامل المحدثين في حكمهم على بعض الرواة، حيث وثقوا من لا يستحق التوثيق، وضعفوا من لا يستحق التضعيف، وبالتالي صححوا أحاديث لم تكن لتبلغ هذه الدرجة، مما يوجب عدم الثقة بمنهجهم في الجرح والتعديل، ورد كثير من الروايات التي أثبتوها بناء على ذلك. قال أحمد أمين في ضحى الإسلام: إن أحكام الناس على الرجال تختلف كل الاختلاف فبعض يوثق رجلا، وآخر يكذبه، والبواعث النفسية على ذلك لا حصر لها، ثم كان المحدثون أنفسهم يختلفون في قواعد الترجيح والتعديل، فبعضهم يرفض حديث المبتدع مطلقا كالخارجي والمعتزلي، وبعضهم يقبل روايته في الأحاديث التي لا تتصل ببدعته. وبعض المحدثين يتشدد فلا يروي حديث من اتصلوا بالولادة، ودخلوا في أمر الدنيا مهما كان صدقهم وضبطهم، وبعضهم لا يرى في ذلك بأسا متى كان عدلا صادقا، وبعضهم يترمت فيأخذ على المحدث مزحة مزحها.

ومن أجل ذلك اختلفوا اختلافا كبيرا في الحكم على الأشخاص، وتبع ذلك اختلافهم في صحة روايتهم والأخذ عنهم. وقال أيضا في فجر الإسلام: وكان للاختلاف المذهبي أثر في التعديل والتجريح، فأهل السنة يجرحون كثيرا من الشيعة، حتى إنهم نصوا على أنه لا يصح أن يروى عن علي ما رواه أصحابه وشيعته، إنما يصح أن يروى ما رواه عنه أصحاب عبد الله بن مسعود؛ وكذلك كان الشيعة من أهل

الوسائل المتوافرة والمناهج المعاصرة تختلف عما توافر للعلماء المؤسسين لهذا الفن العلمي العظيم، ولا لأن هذا العلم لا يهم هنا، وإنما لأن التعرض لشيء من ذلك كما يقال انعطاف وعودة على الأعقاب، وسيقتصر على وصف النصوص فقط، فيستفسر عقل الشفاعة المؤسس، ويحك ذاكرته، وعلى قراءتها ضمن الثوابت العلمية والحقائق الدينية؛ ولا يناقش النص الشرعي من حيث إنه نص شرعي، خاصة في الصنف الأول من الأخبار، وإنما يكتفي بمناقشة لغته من حيث إنها لغة، أو على الأصح، يناقش التعامل مع لغة النص من حيث إنها تركيب ودلالة وتداول، ويعتبر لغة النص أو النصوص بنية قائمة بذاتها تخضع في تحليلها التركيبي والدلالي لقانون علاقاتها الداخلية، أي يعتبرها نسقا مغلقا مستقلا عن كل العوامل الخارجية بحيث تعرف البنية الحاملة للخبر ضبطا ذاتيا تسير نفسها بنفسها وفق قوانينها الداخلية.

وهذا الطرح له خلفية فكرية ومنهجية، مرجعها إقصاء الذات، وإبعادها كليا عن المناقشة.

---

السنة فكثير منهم لا يثق إلا بما رواه الشيعة عن أهل البيت وهكذا، ونشأ عن هذا أن من يعدله قوم قد يجرحه آخرون. قال الذهبي: لم يجتمع إثنان من علماء هذا الشأن على توثيق ضعيف، ولا تضعيف ثقة. ومع ما في هذا القول من المبالغة فهو يدلنا على مقدار اختلاف الأنظار في التحريج والتعديل. قال أبو رية: إن علماء الجرح قد اختلفوا في الجرح والتعديل باختلاف مذاهبهم وأحوالهم. ولرد هذا الكلام المتهاافت ينبغي أن يعلم بداية أن علم التحريج والتعديل لم يكن متاحا لأي أحد، وأن المسألة لم تكن بهذه الفوضى والعشوائية التي يريد أن يصورها هؤلاء، وذلك لخطورة الجرح وعظم مسؤوليته أولا، فضلا عن أن الكلام في أعراض الناس والإقدام على الطعن في المسلمين مزلة أقدام، وشفاهة.

ويجب التنبيه إلى أن المحدثين لم ينطلقوا في توثيقهم وتحريجهم، وتصحيحهم وتضعيفهم من الأهواء والأمزجة، وإنما انطلقوا من قواعد متينة وأرض صلبة، فاشترطوا في الجراح شروطا عالية، ومؤهلات دقيقة، وجعلوا لذلك آدابا وأحكاما، وجوزوه بقدر الحاجة، ولم يقبلوا منه إلا ما كان موافقا للأصول والقواعد، فجاءت أحكامهم في منتهى الدقة والتراحم. راجع:

- أصول منهج النقد عند أهل الحديث الدكتور عصام البشير - دفاع عن السنة الدكتور أبو شهبه

## النسق الأول:

### أ - نظام الشفعة

يتميز هذا النظام بتعدد ألفاظ الخبر<sup>97</sup> الواحد وغموض وخفاء معناه:

#### 1- تعدد روايات خبر واحد

تبين لأول وهلة، من قراءة النصوص عموماً، أن الرواة لم يلتزموا برواية ما حلموه من الأثر باللفظ الذي تلقوه من الرسول ﷺ دون زيادة ولا تغيير ولا حذف، ما يدل على عدم الالتزام بمنهج العلماء الذين هجسوا، ولسيما في بادئ الأمر، أسلوب التشدد في الرواية، ولم يكونوا يتساهلون حتى بالحرف الواحد. لقد استعمل الرواة ضرباً من الكلام للتعبير عن معنى واحد بصياغات مختلفة أعطيت الأولوية فيها لوفرة الألفاظ، مع أن توثيق المتون عند المحدثين يقتضي أداءها محررة دون زيادة أو نقص، ولا أدنى تصرف<sup>98</sup>.

إننا نجد مثلاً أبا سلمة بن عبد الرحمان الصحابي الجليل يروي حسب الترتيب السابق، الأخبار من 12 إلى 22، لكنه تراه سرعان ما حذف من الخبر 14 الوارد في موطأ الإمام مالك الألفاظ "بين، الشركاء، بينهم" من الأخبار من 12 إلى 21 وغير لفظ "كل ما" الوارد في الخبر 20 بـ "فيما" في الأخبار من

<sup>97</sup> = الخبر أجدر من السنة من أن يرادف الحديث، فما التحديث إلا الإخبار، وما حديث النبي ﷺ إلا الخبر المرفوع له؛ أما الخبر فقد يأتي عن غيره، فكل حديث خير، لكن، ليس كل خير حديثاً. ويسمى المحدث أثرياً. غير أن هناك فرقا بين هذه المصطلحات -يرجع فيها إلى تدريب الراوي في شرح تقرير النووى 1 ص 23 للحافظ جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي ط 1 سنة 1985 بيروت-، ومن ذلك أن المحدثين يسمون المرفوع والموقوف بالأثر، وفقهاء خراسان يسمون الموقوف بالأثر، والمرفوع بالخبر. راجع: - تدريب الراوي م س - حجة الله البالغة م س - مفاتيح علوم الحديث م س - سنن البيهقي: المقدمة - الباعث الحثيث ص 61 - الرسالة المستطرفة لبيان كتب السنة المشرفة م س - منهج النقد في علوم الحديث الدكتور نور الدين عتر - السنة ومكاتها في التشريع الإسلامي الدكتور مصطفى السباعي.

<sup>98</sup> = راجع: مفاتيح علوم الحديث م س - سنن البيهقي - الباعث الحثيث 161 - حجة الله البالغة م س - تدريب الراوي م س - الرسالة المستطرفة لبيان كتب السنة المشرفة م س

12 إلى 21 وأضاف "صرفت الطرق" في الأخبار من 15 إلى 21 ليبدل فعل "قضى" الوارد في الأخبار من 14 إلى 20 — إنما جعل في الخبر 21، واستعمل "عرفت" محل "وقعت" الحدود و"ما لم" عوض "كل ما لم" في الخبر 13، وحول الجملة الفعلية إلى اسمية ابتدائية في الخبرين 12 و13 وحصرية في الخبر 21؛ وقل نفس الشيء بالنسبة لأبي هريرة الذي روى عنه الأخبار 7-18-19-22 وجابر الذي روى الأخبار 4-7-8-12-20-21 والأخبار من 25 إلى 32 التي وقع فيها تقديم وتأخير، واستعمال تارة الجار أحق بشفعته... وتارة بشفعة جاره وأخرى بشفعة أخيه.

هذا التعدد في صيغ وبنيات الخبر الواحد، وإن كان لا يعني في جوهره سوى تعدد القنوات التاريخية لتطبيق الشفعة في أي مال لم يقسم، وتعبير عن خلفية طلب الشفعة بعد القسمة، يشير إلى عدم استيعاب المروي عليهم للنظرية الجديدة للشفعة، ويقتضي الخروج عن اللفظ النبوي الشريف، وتصرفا شخصيا من الراوي أفرغ الخبر من وعائه ومبناه فتداخل فيه ما هو شخصي بما هو ديني<sup>99</sup>.

<sup>99</sup> عن أنس وزيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ خطبهم بمسجد الخيف في منى فقال: "نصر الله امرئاً سمع مقالتي فحفظها ورعاها وبلغها من لم يسمعها، ألا فرب حامل فقه لا فقه له، ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه"، أخرجه الإمام أحمد عن ابن مسعود بلفظ: "نصر الله امرئاً سمع منا حديثاً، فحفظه حتى يبلغه فرب مبلغ أحفظ له من سامع" وفي رواية "فرب مبلغ أوعى من سامع" وفي أخرى "فرب حامل فقه ليس بفقير". قال الرسول ﷺ: "مثل ما بعثني الله به من الهدى والعلم كمثل الغيث الكثير أصاب أرضاً، فكان منها نقية قبلت الماء فأنبتت الكلاً والعشب الكثير، وكانت منها أجادب أمسكت الماء فنفع الله بها الناس، فشربوا وسقوا وزرعوا، وأصاب منها طائفة أخرى، إنما هي قيعان لا تمسك ماء ولا تبت كلاً، فذلك مثل من فقه في دين الله ونفعه ما بعثني به الله فعلم وعلم، ومثل من لم يرفع بذلك رأساً ولم يقبل هدي الله الذي أرسلت به": البخاري بحاشية السندي 1ص 16-17. قال ابن حزم: "فمن لم يحفظ ما سمعه ولا ضبطه فليس مثل الأرض الطيبة ولا مثل الأجادب الممسكة للماء، بل هو محروم معذور أو مسخوط، بمنزلة القيعان التي لا تبت الكلاً ولا تمسك الماء": الإحكام في أصول الأحكام 1ص 139. راجع الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري للدكتور عبد المجيد محمود عبد المجيد ص 123-124 طبعة 1979.

ويجب التنبيه إلى أن ثبوت خبر أبي سلمة بن عبد الرحمان "فضى رسول الله بالشفعة"، بكل الصيغ المذكورة، كغيره لا يكفي لاعتباره متواترا، لأن التواتر الحقيقي المؤدي إلى العلم اليقيني الذي تثبت به الأحكام الشرعية ليس فقط الذي تتوافر فيه شروط تضمن له تلك الصفة<sup>100</sup>، وإنما لا بد من تواتر اللفظ أيضا، فأكثر العلماء يرون ذلك ضربا من المحافظة على كلام النبي الشريف، والأحرى بكل راو المحافظة عليه، وإلا خالف بقوله قول الرسول المبلغ ﷺ والسلام، فما الحديث إلا ما تحدث به بلفظه، وما الصحيح منه إلا ما تواتر لفظه ومعناه، وما ضبط الراوي إلا سماعه الحديث وحفظه حفظا كاملا، لا تردد فيه، وثباته على المرؤى منذ السماع إلى الأداء!<sup>101</sup>.

## 2- غموض معنى الأخبار وخفاؤه

يمكن إرجاع سبب غموض معنى أخبار الشفعة وخفاء دلالتها<sup>102</sup> إلى حالة الاضطراب في النصوص، وحالة الإبهام في الكلمات المكونة لبنيتها ذاتها لحملةا معان مختلفة يتشابه تعلقها بها، ما يجعل حل الإشكالية متوقفا على شيء أو دليل آخر خارجي عن كل نص داعم ومدعم، باستثناء حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الذي يستقل بنفسه، ويتعلق على ذاته، ويعبر عنها بكل وضوح.

<sup>100</sup> = كأن يكون النقل عن عدد يخرج عن حد القلة كالثلاثة في نظر، والثلاثة والأربعة في رأي، والعشرة في آخر، أو خبر أحاد تتوافر فيه شروط القبول في رأي الجمهور: راجع الميسر في أصول الفقه ص 77 للدكتور إبراهيم محمد سلقيني

<sup>101</sup> = عن البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال: يا براء، كيف تقول إذا أخذت مضجعك؟ قال: قلت الله ورسوله أعلم، قال ﷺ: إذا أويت إلى فراشك طاهرا فتوسد يمينك ثم قل "اللهم أسلمت وجهي إليك، وفوضت أمري إليك، وأجأت إليك، لا ملجأ ولا منجى منك إلا إليك، آمنت بكتابك الذي أنزلت، ونيك الذي أرسلت، فقلت كما علمني غير أبي قلت ورسولك". فقال ﷺ بيده في صدري "ونيك".

<sup>102</sup> = خفاء الدلالة: هو استتار معنى اللفظ المراد منه لذاته أو لأمر آخر فتوقف المراد منه على غيره، وقد يتعذر فهمه ما لم تقم قرينة تدل عليه. وهو خلاف إشكال الدلالة على المعنى لذاته الذي يمكن إزالة خفائه بالبحث والتأمل، كأن يكون اللفظ مشتركا بين عدة معان: الدكتور على حسب الله.

ويتبين غموض معنى الأخبار وخفاؤه واضحا، مثلا، من الأخبار الآتية:

### النقطة الأولى: خبر أبي سلمة

هذا الخبر عمدة المحدثين والفقهاء تعددت رواياته، وتنوعت تأويلاته بسبب عيوبه أو خوارمه وعدم تناسقه إن على مستوى صياغته ولغته أو على مستوى مضمونه:

بنية الخبر، كما يظهر، تارة جملة إسمية تبدو كأنها تلقي خيرا ابتدائيا، وتارة جملة فعلية ماضية وصفية، وأخرى حصرية تأكيدية رفعا للغموض واللبس من ذهن المتلقي الذي يتضح أن له إلاما بالحكم يمتزج بنوع من الشك والغموض والإبهام، وله تشوف إلى معرفة الحقيقة المؤكدة، فألقي عليه الخبر بأسلوب عليه مسحة من اليقين، تجلو له الأمر، وتدفع عنه التردد، متضمنا من وسائل التقوية والتوكيد ما يدعوه إلى الإسلام والتسليم.

ويظهر أن التواصل في لحظة رواية الخبر ليس شيئا ثابتا كما يوحى بذلك النص، وإنما هو حركة ديناميكية تواصلية تحمل لغة النص بمختلف بنياته في طياتها أثرا واضحا لها، تتموضع في إطار التنازع بين القديم والجديد، وتقسم الجملة - الخبر - إلى مقولتين وظيفيتين:

### - المحور

"الشفعة في كل ما لم يقسم..." وهو نقطة الابتداء، وهو أساس الكلام، أو الجزء الأساس من بنية الجملة الحاملة خيرا معلوما لدى السامع السائل في مقام تواصلية محدد، أو مشكوكا في مضمونه.

### - التعليق

"إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" هو الجزء من الجملة الذي يحمل معلومات جديدة عن محور الخبر المعلوم أو المجهول لدى السامع، السائل، أيضا.



ومما لا يخفى أن عناصر البنية، المتمثلة في "يقسم" - وقعت الحدود" - "صرفت الطرق"<sup>103</sup> غير تجانسة مع العناصر الأخرى "الشفعة في ما لم" - "في كل ما" - داخل النص أو البنية المورفولوجية للخبر، لأن تفاعل جملة هذه العناصر في نسقها يؤدي إلى إبهام وغموض يسهل تحريف المعنى<sup>104</sup> وإعطائه مفهوما غير مفهوم الخبر الأصل المنقول أو المراد نقله أو تضيق مضمونه ونطاقه، إذ لا يمكن أو على الأقل، لا يتصور، أن يرد وضع الحدود ووقوعها إلا على شيء مادي في حقيقة اللفظ، وبذلك تبقى طبيعة الرسالة التي تنقلها هذه الرموز تحدها الثقافة التي عاش فيها المرسل والمتلقي، الراوي والمروي عليه<sup>105</sup>، ولذلك نجد أن استعمال فعل "يقسم" قد نتج عنه التشتت وعدم الترابط العضوي بين المقاطع الأخرى على مستوى بنية النص، فهذه الكناية عن الشركة أحدث شرخا واسعا في نظرية الشفعة، وجعلت الخبر محتملا معان تسهل انسياب حكمها وتعقد تطبيقه؛ كما أن عنصري البنية "وقعت الحدود" و"صرفت الطرق" غير منسجمين وجعلا النسق معقدا أو فاسدا.

<sup>103</sup> = صرفت بضم الأول وتخفيف الثاني وقيل تشديدها، أي بينت مصارفها، كأنه من التصريف والتصرف. قال ابن مالك: معناه خلصت وبانت، وهو مشتق من الصرف - بكسر المهملة - وهو الخالص من كل شيء، سمي بذلك لأنه صرف عنه الخلط، فعلى هذا صرف مخفف الرء وعلى الأول أي التصريف والتصرف مشدد: نيل الأوطار المجلد 11 ج 6 ص 81 - راجع فتح العزيز باب الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة - والحدود جمع حد، وهو هنا ما تتميز به الأملاك. وأصل الحد المنع، فتحديد الشيء يمنع خروج شيء منه، ويمنع دخوله فيه. قال ابن عاصم:

وفي الأصول شفعة مما شرع  
بذي الشيع وبجد تمتنع

<sup>104</sup> = رويت أحاديث كثيرة - يقول الدكتور محمد سلام - اختلفت في بعض ألفاظها تبعاً لاختلاف رواها مما نتج عنه تحوير في المعنى وفي الأحكام أيضاً: انظر المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود ص

247

<sup>105</sup> = قد يظن أن ما يعنى الراوي هو ما يفهمه المروي عليه، غير أن هناك وجهاً ضمنياً للغة، لأن الأقوال ليست متساوية في التواصل، فضلاً عن أن دلالة القول ليست هي الدلالة الحرفية وحدها، فقد يعنى القول ضمناً ما لا يعنيه سطحياً.

في نظامه، ولا يفيدان مفهوم صدر الخير، ويشيران إلى أن الشفعة لا ترد إلا فيما لم يقسم مما تقع فيه الحدود وتصرف فيه الطرق كناية عن الأصول المشتركة وذريعة لتخصيص الخبر<sup>106</sup>.

ويظهر واضحاً أن استعمال الألفاظ: جعل-قضى-يقسم-وقع-صرف-إنما-كل<sup>107</sup> ما لم، لتبليغ الحديث النبوي الشريف الأصل "الشريك شفيح والشفعة في كل شيء" قد انتهت إلى الإبهام والغموض لا إلى البيان والتبيين، فبات النص محلاً للاحتمال والتأويل، إن لم يصبح حملاً واحتماله سبباً لسقوط الإدلال به. فكل هذه الأدوات تقحم أفكاراً خارجة عن النص<sup>108</sup>، وكلها زيادات أو إضافات وتغييرات في الجملة الأولى كما في الجملة الثانية -المحور والتعليق- تغلف النص كطفيليات نبتت على جنبات نهر تسهل انسياحه في الوقت الذي لا يسترعي انتباه الباحث أو القارئ المتوهم غير لذة النص وجمالية بنائه، أما زوائده وطفيلياته التي تشكل أساس وأداة قرائن عقلية خارجة عن النص، وتخلخل التناص، فلا تستوقف إلا الباحث الناقد<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> = زعم البعض أن قوله: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" مدرج في الخبر من كلام الراوي، لأن الأول "الشفعة فيما لم يقسم" كلام تام، والثاني مستقل، ولو كان الثاني مرفوعاً لقليل: وقال إذا وقعت: انظره بالزرقاني على الموطأ 3ص477 -نيل الأوطار م س -راجع فقه السنة المجلد الثالث ص215 للسيد سابق ط 1 بيروت. 1391

<sup>107</sup> = كل: إسم موضوع لاستغراق أفراد المتعدد أو لعموم الأجزاء، لا تستعمل إلا مضاعفة لفظاً وتقديراً، وإن وقع النفي بعدها ثبتت لكل فرد. وتجدر الإشارة إلى أن العلماء قد اختلفوا فيما وضعت له صيغ العموم. فقليل إنها وضعت لاستغراق، وقيل: إنها وضعت لأقل الجمع، والأول هو رأي الجمهور: راجع علي حسب الله ص23

<sup>108</sup> = الحق أن النص لا يصنع المعاني التي نفهمها، بل هو مجرد مناسبة لظهورها، إنه مجرد شكل مبهم لا يملك وعي المعنى، لأن طبيعة التأويل هي التي تغلب معنى على آخر لتساوي المعاني من الوجهة الأنطولوجية للمؤول. والواقع أن المعنى مبطن في هذا الهيكل وهذه البنية، فكيف يمكن الوصول إليه من خلال هذه الستائر والحجب المتراكمة حوله؟

<sup>109</sup> = يلفت انتباهنا في هذه المقابلة -الساذجة- بين النص والنهر، ملاحظة هامة، وهي تكوين طفيليات النهر كجزء من جدلية الانسياب لانطلاق الإثنين معاً، نحو مصب ماء، عبر قناة ماء.

وإذا كانت هذه العناصر أو الكلمات أو الصياغات المولدة عن الرواية، تجعل النص فارغاً وصالحاً لأكثر من احتمال، فإن ذلك برهان على أنها ليست لفظ رسول الله، عليه وعلى آله الطاهرين الصلاة والسلام، الذي أوتي من جوامع الكلم ما حار في أمره جهابذة الفصاحة وأساطين البلاغة<sup>110</sup>.

وغني عن البيان الافتراض في الكلام المفيد أمران:

- أن يكون بقدر الحاجة إليه، لا زائداً عليه، وإلا كان عبثاً، ولا ناقصاً، وإلا أخل بغرض الإفصاح.

- أن يكون لكل عنصر من عناصر الجملة المفيدة موقع محدد داخلها، بحيث يحدد مجموع مواقع وأمكنة هذه العناصر المكونة لبنيتها العلاقات بين تلك العناصر وترتيبها أو شبكة التواصل بينها، وحدود النسق الذي تفصله عما يحيط به.

صحيح أن اللغة العربية لغة الوحي الطاهر، تمتلك خصائص خاصة وتنفرد بقدرات وأساليب متعددة في تأدية الخبر والتعبير عن معناه، لكن، كل تقديم لفظ أو تأخير، أو استعمال المصدر، أو الجملة الاسمية أو الفعلية، أو أداة ما، يؤدي إلى تغير في المعنى، لأن كل بنية تعبر عن معنى خاص لا ينضبط مع معنى بنية مماثلة حتى لو تضمنت على مستوى تركيب الجملة المفيدة نفس الكلمات والحروف والأدوات.

وخلافاً لذلك، لم يهتم العلماء بالفصل بين المصطلحات والمفاهيم، ولم يأخذوا بعين الاعتبار ما بينهما من فروق، وإنما ركزوا مجهوداتهم على نحت ألفاظ ومصطلحات تتفق مع تصوراتهم، كما أنهم لم يلتزموا الدقة المفروضة في نقل سنة الله في خلقه.

إن استعمال أداة الحصر في أول الخبر للتأكيد والحصر ورفع اللبس وإظهار نطاق الشفاعة حشو أدى إلى تفكيك معنى الخبر وحمله أكثر من معنى، فكما أن

<sup>110</sup> = راجع التفسير والتأويل في العلم ص 49 كلية الآداب بالرباط: ندوات ص 62 - حسب الله ص 285

هذه الأداة تفيد إثبات المذكور ونفي ما عداه، قد تفيد كذلك الإثبات بطريق الكمال كما معروف عند علماء اللغة والأصول، أي أن الراوي قصد إفادة حصر الشفعة في كل ما لم يقسم بين الشركاء فجعل صدر الخبر إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها عن المقسوم في آخره عند وقوع الحدود وصرف الطرق، غير أن السامع أو القارئ قد يفهم من هذه الصياغة شمول الشفعة للمقسوم، لأن أداة الحصر لا تقتضي نفيه، بل، تفيده.

هذا الفهم يسري على الخبر حتى روايته في صيغة الجملة الاسمية "الشفعة فيما لم يقسم... فلا شفعة" التي وإن دلت على انحصار الشفعة في العقار المشترك، لأن "ال" في الشفعة أتت للاستغراق، قد تفيد أن الشريك ليس وحده الذي يستحقها إذ "ال" قد لا تكون للاستغراق وإنما هي للمبالغة فقط، إن قيل "إذا وقعت الحدود فلا شفعة" بمجرد وقوع الحدود، وعندئذ إذا حصل الاشتراك في الطريق فالشفعة ثابتة وإن وقعت الحدود<sup>111</sup>. وهذا خلاف يجب عليه من وجهين:

- 1- إن من الرواة من اختصر اللفظين، ومنهم من جود الحديث فذكر صرف الطرق. ولا يكون إسقاط من أسقط أحد اللفظين مبطلاً لحكم اللفظ الآخر.
- 2- إن تصريف الطرق داخل في وقوع الحدود، وهو مشترك الإلزام، لأن الطريق إذا كانت مشتركة لم تكن الحدود كلها واقعة بل بعضها حاصل وبعضها منتف، ووقوع الحدود من الوجهين يستلزم تصريف الطرق.

الواقع أن هذه الفرضية كلام زائد على الخبر الأصل، يستقيم المعنى بحذفه، بل إن إضافتها إلى الشطر الأول "الشفعة فيما لم يقسم" هي إلى التشويش على المعنى أقرب منها إلى أن تفيد معنى جديداً أو حكماً شرعياً. ويبقى الخبر مع كل هذا محط اتفاق على ثبوته، وإن اختلف في كونه من كلام الرسول المبلغ ﷺ، الذي لا يتناقض ولا يتكاذب، يصدق بعضه بعضاً ويوافق ما أخبره به ربه عز وجل.

<sup>111</sup> = المغني م س

### النقطة الثانية: خبر عبد الملك بن أبي سليمان العزمي

هذا الحديث، عمدة الحنفية، سنده وامتته كما أثار جدلا كبيرا بين المحدثين البعض وجده معارضا لخبر الثقة السابق، والبعض يرى أنه ليس كذلك لأن الأول لا يدل على حصر الشفعة في الشركة، وبالرغم من كونه يقع في الوسط بين مختلف الأخبار، إذ يجمع بين خبر أبي سلمة والأخبار الأخرى التي تقضي بالشفعة لمجرد الجوار، أحدث تفرقا بين الفقهاء حول من تقرر له حق الشفعة. وجذر الإشكال مفهوم الجوار في كلام العرب<sup>112</sup>، فلفظة الجار الواردة في الخبر تطلق على الشريك في الشيء والمجاور له بغير شركة، وهو ما يقتضي ثبوت الشفعة له.

إذا نظرنا إلى بنية الخبر السطحية، نجد فيه ثلاث وحدات خطائية هي على التوالي "الجار أحق بشفعته"، "ينتظر بها وإن كان غائبا"، "إذا كان طريقهما واحدا"، مترابطة ومتماسكة ومتناسقة. وإذا أمعنا النظر في سلطته البيانية البلاغية<sup>113</sup>، وفي العلاقات البنيوية التي تحكم هذه الوحدات الخطائية وخاصة الأولى والثالثة<sup>114</sup> -على اعتبار أن الثانية اعتراضية- نجد أن هناك على مستوى البنية السطحية للخطاب إشكالا في الوحدة الأولى، غير أن هناك، بالمقابل، نوعا من البيان

<sup>112</sup> = جاء في القاموس المحيط "الجار الجوار الذي أجرته من أن يظلم، والجير والمستجير والشريك في التجارة والزوج وما قرب من المنازل وما أريد به، فقامت الدلالة في سنن أخرى مفسرة أن المراد بالجار والمقاسم والحليف والناصر ص 154. جاء في لسان 4 ص 154 مادة جور: الجار الشريك في العقار. وقال الأزهري: لما كان الجار في كلام العرب محتملا لمعان كثيرة لم يجر أن يفسر قول النبي ﷺ "الجار أحق بسقبه" أنه الجار الملاصق إلا بالدلالة، أي بدلالة تدل عليه، فوجب طلب الدلالة على الشريك الذي لم يقاسم.

<sup>113</sup> = معلوم أن للبيان والبلاغة سلطة على النفوس. قال الرسول ﷺ "إن للبيان لسحرا" أي -يقول الفيلسوف الدكتور محمد عابد الجابري- منه ما يسحر النفوس ويستولي عليها ويمارس سلطته فيها: راجع التراث والحداثة ص 51

<sup>114</sup> = "إذا كان طريقهما واحدا" فيه دليل على أن الجوار بمفرده لا تثبت به الشفعة، بل، لا بد من اتحاد الطرق، يؤيده "إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة": انظر نيل الأوطار ص. 87

المنطقي في الوحدة الثالثة<sup>115</sup>، وهو نوع من الميزة البلاغية، يوضح ما استشكل، ويبين أن إيجاب الشفعة للجار مقرونة، بل، ومشروطة بوحدة الطرق، ويلمح إلى أن الشرع قد أعطى الأهمية لوحدة العقار على حساب تجزئته.

وتجدر الملاحظة إلى أن هذا الحديث، كغيره، مجرد تفسير وتطبيق لحديث ابن عباس في الأموال المشتركة، وقضاء به في الدور والأرضين فيما لم يقسم، يؤسس صراحة لنظام الملكية المشتركة أو المزدوجة في إطار بنية عقار يشتمل على أجزاء أصلية مشتركة مملوكة ملكية جماعية وأجزاء خاصة مفرزة تابعة لها، فعبارة الجار أحق بشفعة جاره إنما تفيد أحقية الملاك للأجزاء المشتركة من العقار المجرأ أو المقسوم جزء منه في شفعة ما يباع من أجزائه المفرزة ماداموا يملكون مع البائع جزءا غير مفرز في العقار الأصل. ولعل إفراز هذا الحديث أو سبب قوله يرجع إلى وجود هذا النوع من الملكية عند العرب، فخير أبي رافع دال عليه، وقواعد "الصقب" حجة عليه، ولسان التراث ناطق به.

#### النقطة الثالثة: خبر جابر

1- قوله "الشفعة في كل شرك لم تقسم ربعة أو حائط" حصر الشفعة في العقار وتخصيص عمومها في جميع الأموال الواردة في الروايتين الأخروين "قضى بالشفعة في كل شيء، وقضى بالشفعة في كل ما لم يقسم".

وظاهر النص هذا الذي تؤيده رواية أخرى عنه بلفظ "لا شفعة إلا في ربع أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن..."، لا يعقل أن يقاوم منطوقات الأحاديث

<sup>115</sup> = أي الشفيع يكون على شفيعته وإن غاب، إذ لا تأثير للغيبة في إبطال حق تقرر بسببه، فإن قيل المراد به أحق بما عرضا للبيع عليه، ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار إذا كان غائبا، قلنا: إن الرسول ﷺ جعله أحق على الإطلاق، فيكون أحق بما قبل البيع وبعد. وقوله "ينتظر" تفسير لبعض ما شملته كلمة أحق. قال بعض الفضلاء على قوله "وان كان غائبا" مقتضى أن الوصلية أنه إذا لم يكن غائبا، فحينئذ لا يظهر كون إن وصلية، بل، المتبادر أن تكون شرطية، وتؤيده رواية "إذا كان غائبا"، فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى إذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق، وأما في الرواية بالواو، وهي الأكثر وقوعا، أنه يكون على شفيعته وإن غاب، والمذكور في كثير من نسخ الهداية إن كان غائبا: التكملة ص 371

الصحيحة عنه، ويشير التساؤل عن ماهية الشفعة في نظرية جابر أو على الأقل في ما نسب إليه.

ومما يثير الدهشة، فعلا، ويدفع إلى الاستغراب، أن ينخدع جانب كبير من الفقهاء الذين يفترض إلمامهم الكامل بقواعد اللغة العربية وأساليبها بهذا الوجه مع أن أداة العطف "أو"<sup>116</sup> هنا للتقسيم وليس للتخيير، وإلا تناقضت الأحكام في عموم كلام جابر في موضوع الشفعة.

2- قوله "لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه إن شاء أخذ وإن شاء ترك"، ظاهره أنه يجب على الشريك إذا أراد البيع أن يؤذن شريكه<sup>117</sup>. ومعناه أن المالك على الشياح إذا أراد بيع حصته وجب عليه أن يعرض على شريكه الشراء، أي يوجهه إليه؛ وهذه المرحلة سابقة لنشوء الحق في الشفعة، وسياقه مصدر لخصر أسباب نشوء حق الشريك في شفعة المبيع، وتفسير غير دقيق لحديث حبر الأمة ابن عباس رضي الله تعالى عنه.

3- أما قوله "فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به" فقد حمل على وجهين في مسألتين:

أ- إذا عرض الشريك البيع على شريكه فأذن فيه ثم باع ثم أراد الشريك أن يستعمل حقه في الشفعة:

<sup>116</sup> = أو : حرف عطف من معانيه:

-الشك : بتنا يوما أو يومين.

-الإمام : نحن أو أنتم على حق.

-الإباحة : وذلك قبل ما يجوز فيه الجمع: جالس العلماء أو الزهاد.

-التخيير : وذلك قبل ما يمنع فيه الجمع: سر راكبا أو ماشيا.

-التقسيم : الكلمة اسم أو فعل أو حرف.

-إلى : لألزمك أو تفيني حقي أي أولى أن تفيني حقي.

-إلا : من الإستثناء نحو لأقتلن العدو أو يخضع.

وهي، هنا بمعنى التقسيم بمعنى الشفعة في أرض أو ربع أو حائط أو حيوان الخ

<sup>117</sup> = إرشاد الفحول ص 83

- قال مالك والشافعي وأبو حنيفة والهادوية وابن أبي ليلي والبيهقي وجمهور أهل العلم إن له أن يأخذ بالشفعة ولا يكون مجرد الإذن أو العرض مبطلاً لها.  
- وقال الثوري والحكم وطائفة من أهل الحديث: ليس له أن يأخذ بالشفعة بعد وقوع الإذن بالبيع.

ويقوم دليل الأولين على الأخبار الواردة في شفعة الشريك الجار من غير تقييد، لأنها منطوقات لا يقاومها مفهوم هذا الخبر. أما دليل الآخرين فمبني على مفهوم الشرط الذي يقضي بعدم ثبوت الشفعة للشريك إذا استؤذن فترك<sup>118</sup>.

ب- إذا باع الشريك حصته دون أن يعرض الشري على شريكه:  
يكاد العلماء المسلمون يجمعون على نشوء الشفعة للشريك في هذه الفرضية، غير أن البعض يرى أن قوله "أحق به"، يعني بما باعه شريكه، أي بما أراد شريكه بيعه، لا للشفعة لأن الشفعة أخذ من المشتري، وهذا أخذ من البائع.

4- إن مضامين هذا الخبر كثيرة ومتضاربة، الواضح منها حرمة شراء حصة من الملك على الشيعاء ما لم يؤذن الشريك شريكه في البيع، ويترتب عليه انعدام البيع، ولا أثر له حتى لو تم انعقاده شكلاً، ولا شفعة، لأن المشتري وإن ثبت له الشراء فإنه لم يثبت له على وجه يعتد به شرعاً.

إن ذا الخبر، وإن كان إجرائياً، وتكمن إجرائيته بصورة خاصة في كونه يجيب عن كثير من الأسئلة، أو بالأحرى يستبعتها، يترك مبرراً لطرح عدة تساؤلات.  
والحقيقة أنه جزء من كلام -فقه -علم -تبليغ- جابر في موضوع الشفعة الذي يشكل في جملته ما يمكن تسميته بنظرية الشفعة في علمه، مضمونه:

- أن يعرض الشريك الذي ينوي بيع حصته على الشيعاء على شركائه الأمر، ويوجه إليهم إيجاباً جدياً، فإن قبلوا اشتروا وإن أعرضوا باع لغيرهم، ولا معنى لقوله "إن شاء أخذ وإن شاء ترك" إلا أن يكون الأخذ شراء بالثمن الذي يتفق

<sup>118</sup> = إرشاد الفحول م س



عليه الطرفان برضاهما، وأن يقصد بالترك إعراض الشريك الآخر عن الإيجاب الموجه إليه وإسقاط أولويته بالشراء أو أحقيته به، وقد ورد هذا المعنى في رواية مسلم عن جابر عن النبي ﷺ قال: "من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وإن كره ترك" وفي رواية النسائي عنه بلفظ "أيكم كانت له أرض أو نخل فلا يبيعهما حتى يعرض على شريكه"<sup>119</sup>.

- والخبر خبران مدحمان ومدرجان<sup>120</sup> في نسق واحد الأول روايته "الشفعة في كل ما لم يقسم..."، والثاني روايته "من كان له... وإن كره ترك".  
- وهو يبين أن الشفعة لا تكون إلا ببيع الأصول، وهو مصدر قولهم الشفعة أخذ.

- وهو بكل ما ذكر ذو دالتين أصلية وتبعية:

\* الأصلية: إلزامية الشريك الراغب في بيع حصته بإيجاب الشراء للشريك إن شاء اشترى، وإلا فلا؛

\* والتبعية أو الفرعية: وهي ثبوت الشفعة فيما لم يقسم؛

جاء في الأصل لتنظيم تصرفات الملاك على الشيعاء الفردية، ويحدد مجال حقوقهم ونطاق واجبات بعضهم على بعض، فهو يتحدث عن مرحلة ما قبل البيع، أي، ينظم مجرد نية البيع، ثم يتحدث عن الشفعة، وهي مرحلة ما بعد البيع.

- وهو ليس حديثنا، وإنما هو خبر يحمل معان عدة لأحاديث صحيحة في مواضيع مختلفة في تنظيم الملكية المشتركة.

#### النقطة الرابعة: حديث ابن عباس

يتضح بدون عناء أن هذا الحديث يتطابق فيه اللفظ والمعنى، ظاهره يدل على معناه بصيغته من غير توقف على قرينة خارجية تبينه، فلفظ الشيء أدق تعبير

<sup>119</sup> = راجع الإمام الشوكاني

<sup>120</sup> = الإدراج معناه في اللغة الإدخال والتضمين، ويراد به في علم مصطلح الحديث إدخال الراوي في سياق

الحديث كلاما من عنده. راجع مفاتيح علوم الحديث للدكتور صبحي الصالح ص82

لموضوع الشفعة، وعبرة الشريك واضحة لا تحتمل المجاز في الأموال والأشخاص، تستغرق جميع الشركاء في جميع الأموال، لا يتسع لفظه لأكثر من معناه، ويستغرق جميع أفراد ما يصلح له.

وبتعبير آخر، إن هذا الحديث من النوع الذي يسميه الأصوليون ببيان التقرير<sup>121</sup>، جلي لا يتطرق إليه التأويل، عام لكثير، غير محصور في عدد معين، وضع وضعا واحدا يشمل جميع الأفراد التي يتحقق فيها معناه من غير حصر، ولا تعداد معين، أي، يشمل خطابه جميع الأشخاص وجميع الأموال، وظاهره ثبوت الشفعة في كل مال مقوم، عقارا كان أو منقولا من أرض أو شجر أو ثمار أو طعام أو حيوان، من أي شيء، لفظه يدل على الحكم الذي سيق من أجله الكلام دلالة واضحة، فهو نص في التماثل بين الأشخاص في صفة الشفيع، ونفيه بين الأموال المشتركة والمفرزة في وجوب الشفعة<sup>122</sup>، وهو المعنى المقصود من سياقه، ما زاده فصاحة ووضوحا على ظاهره، فجاء مفسرا<sup>123</sup> ومحكما، يقدم على ما

<sup>121</sup> = إرشاد الفحول 172 - العك ص 327

<sup>122</sup> = المراد بعدم الحصر ألا تكون في اللفظ دلالة عليه، وإن كان في الواقع محصورا كالسماوات، فيخرج الخاص لأنه وضع للدلالة على فرد واحد وأفراد محصورين، ويخرج المشترك لأنه لم يوضع ليبدل على معانيه المختلفة على سبيل الشمول، بل وضع لكل منهما بوضع خاص. وقد ذهب جمهور الأصوليين إلى أن العموم له صيغ موضوعة له حقيقة مثل الموصولات والجموع والمعرفة تعريف الجنس واسم الجنس والنكرة المنفية. وذكر الشوكاني أن محمد بن المنتاب من المالكية ومحمد بن شجاع البلخي من الحنفية ذهبا إلى أنه ليس للعموم صيغة تخصه، وأما ما ذكر من الصيغ فموضوع في الخصوص، وذكر أيضا أن الأشعري وجماعة من المرجئة قالوا: إن شيئا من الصيغ لا يقتضي العموم بذاته ولا مع القرائن، بل يكون العموم عند إرادة المتكلم، وهو ما رد عليه المهدي بن تومرت بأن التكليف يكون بالأمر لا بالمشيئة. وقد كان ابن حزم من المتحمسين لاثبات صيغة العموم، وذهب إلى أن الواجب حمل كل لفظ على عمومته، وكل ما يقتضيه اسمه دون توقف ولا نظر. انظر في هذه المسألة: الإحكام 3 ص 98 للإمام ابن حزم الظاهري والمستصفي 2 ص 35 للإمام الغزالي وإرشاد الفحول لعلي حسب الله، ص 73 - 108 وما بعدها.

<sup>123</sup> = المفسر مثل النص إلا أنه غير محتمل للتأويل: انظر علي حسب الله ص 67 راجع: جدلية الخفاء والتحلي في معرفة النص لكamal أبو ديب دار العلم للملايين بيروت.

ينازعه حكما، بنيته تعرف ضبطا ذاتيا، وتخضع في تحليلها التركيبي والدلالي لقانون العلاقات الداخلية، ما يجعل نصه نسقا مغلقا عن كل العوامل الخارجية. وهو كما يلاحظ، بخلاف باقي "الأخبار" الواردة في الشفعة، لا علة فيه ولا خرم، ثابت ومتواتر تشهد له أخبار وأحاديث أخرى.

والحديث نسق تتشابه فيه العلاقات العضوية في بنية جامعة ومانعة لا يستطيع إزالة شيء منها، ولا إضافة شيء إليها، يسوده نظام محكم لا يتسم بالتناقض ولا بالاضطراب أو الغموض. ألفاظه قليلة ومعانيه كثيرة. جل عن الصنعة. نزيه عن التكلف. مسدد اللفظ. محكم الوضع. جزل التركيب. متناسق الأجزاء في تأليف الكلمات. واضح الصلة بين اللفظ ومعناه. متمكن المعنى. ناصع البيان. رغب عن المهجين الساقط. وهو من النوع الذي يسميه علماء المعاني بالخبر الابتدائي، ألقاه الراوي ساذجا خاليا من أدوات التوكيد لمخاطب خالي الذهن من مضمونه ليفيده الحكم الذي تضمنه، غير قابل للتفسير والتأويل. صريح لم يستتر المراد منه. يتعلق حكمه بمعناه. وهو جملة إسمية أتت لإفادة الثبات بمقتضى الحال. انعكس فيه الحكم على موضوعه. يتفق مع نفسه، ولا يلجأ إلى عناصر خارجية عنه. وهو أصل<sup>124</sup> ثابت، فسواء كان "الشفعة لكل الشركاء" أو "الشفعة في كل ما لم يقسم" أو "الشفعة في كل شيء"، خبر متواتر بصيغ وطرق عدة عن الرسول ﷺ قولاً وقضاء<sup>125</sup> وجعلاً، وهو أبلغها وأفصحها، جاءت

<sup>124</sup> = الأصل أن من خواص الأصل الصحيح، أي من خواص البناء عليه، قبوله الاستمرار على الفروع، وحفظ الفروع له، من غير تبديل أو استدخال، لذا وسع الأصل أن يضبط اشتقاق الفروع مهما بعدت ونزلت كما يسمى في النسب، وأن يردها إليه ويحملها على نفسه من غير أن تكون لها قوة على زيادة شيء عليه، إذ الحق حق في نفسه.

<sup>125</sup> = قد يقضي الرسول ﷺ في أمر يتنازع فيه إليه. فهل يعد ذلك القضاء من قبيل التشريع؟ قال البعض بالنفي تأسيسا على أن النبي الأمين ﷺ إنما يتأتى عملا بشريا لا ترد عليه العصمة - انظر محمود شلتوت في مؤلفه الإسلام عقيدة وشرعة ص 28-420.

معانيه في بنية وصيغة على خير ما يمكن أن تحيىء عليه لغته العربية أصالة وبيانا، فصاحة وبلاغة، تدور حوله كل الأخبار، فرواية الترمذي عن ابن عباس هي نفس روايات البيهقي وابن أبي شيبة والطحاوي مفصلة، ورواية أبي داود ومسلم ومالك والطبراني تفصيل وتطبيق له في العقار، والأخبار الواردة في "قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" خير واحد نسب إلى رسول الله ﷺ في شكل حديث، وبالأحرى في شكل قضاء، رواه الرواة بصيغ مختلفة، تمثل نفس التفصيل السابق مع إدخال خير آخر فيها، لا علاقة له بالشفعة، ومعان متعددة على وجوه كثيرة.

### ب- نظام الصقب

الصقب في لغة العرب القرب<sup>126</sup>، وصقبت الدار أي قربت، والصقب الطويل في كل شيء، ونقول: أصقبه فصقب، أي قربه فقرب. والصقب العمود الذي يكون في وسط الخباء، وهو الأطول، والجمع صقوب. و"الجار أحق بصقبه"، أي بما يليه ويقرب منه<sup>127</sup>.

والواقع أن هذا الرأي يخلط بين الوقائع والحكم الذي يترى عليها، صحيح أن النبي ﷺ قد يقضي في نازلة وهو إنما يأتي عملا بشريا، ولكنه حين يترى الحكم فإن هذا الحكم تشريع يتخذ صفة العموم بصرف النظر عن خصوص السبب، ويعد سنة واجبة الاتباع ومصدرا للشرع والشرعية.

<sup>126</sup> = قال أوس بن حجر:

ألم تُكسِفِ الشمسُ والبدرُ وألْ كَوَاكِبُ اللَّجَلِ الوَاجِبِ  
لِفَقْدِ فَضَالَةٍ لَا تَسْتَوِي أَلْ فُقُودُ وَلَا خَلَّةُ الذَّاهِبِ  
أَلْهِنَّا عَلَى حُسْنِ أَخْلَاقِهِ عَلَى الْجَابِرِ الْعَظْمِ وَالْحَارِبِ  
عَلَى الْأُرْوَعِ السَّقْبِ لَوَائِهِ يَقُومُ عَلَى ذُرْوَةِ الصَّاقِبِ

+ وقال شاعر آخر:

كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب.

السَّقْبُ: الصغير من الإبل، ولا يهدر إلّا بعد أن يستفحل. عن كعب في ناقة صالح عليه السلام: فخرّت ورغّت رغاءً واحدةً تحذر سقبها. ومنه القول: طرئت شكيرا، وهدرت سقبا.

<sup>127</sup> = بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ص 9 و 5 - الصحاح في اللغة والعلوم مادة سقب - المنجد في اللغة والإعلام ص 329 بيروت لبنان. قال ابن ماجه: "الباء في "بصقبه" صلة أحق لا السبب، الجار أحق

والصقب في عرف العرب أولوية الجار في شراء عقار جاره المراد بيعه ليتصل له الملك أو ليندفع عنه الضرر. وهو من التقاليد والأعراف المتوارثة منذ القدم، التي تنامت في ضمير الشعب العربي بصورة ما من توفقه إلى الطمأنينة والاستقرار.

وقد روى البخاري عن عمرو بن الشريد أنه قال: وفقت على سعد بن أبي وقاص ف جاء المسور بن مخزومة ووضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال: يا سعد اتبع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع: لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار، ولولا أبي سمعت النبي ﷺ يقول: "الجار أحق بسقبه" ما أعطيتكهما بأربعة آلاف، وأنا أعطى بهما خمسمائة دينار، فأعطاها إياه<sup>128</sup>.

وقد ثار خلاف كبير بين المحدثين والفقهاء حول مضمون هذا الأثر:

1- قال ابن المنذر: "ظاهر حديث أبي رافع أنه كان يملك بيتين من جملة دار سعد لا شقفا شائعا من منزله، ويدل على ذلك ما ذكره ابن شبرمة أن سعدا كان اتخذ دارين بالبلاط متقابلين بينهما عشرة أذرع، والتي على يمين المسجد منهما لأبي رافع، فاشتراها سعد منه ثم ساق الحديث، فاقضى كلامه أن سعدا كان جارا لأبي رافع قبل أن يشتري منه داره، لا شريكا".

2- وقال الإمام الشوكاني: "حديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقا لأنه يقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد، حتى من الشريك".

---

بالدار الصاقبة أي القريبة". وهذا الكلام غير صحيح بالمرّة مجرد أن الأحقية أو الأفضلية ليست من معاني حرف الباء الذي لا يعني في اللغة العربية إلا الالتصاق أو الاستعانة أو المصاحبة أو التعليل أو الظرفية أو البدل أو التعدية أو القسم أو التوكيد أو السببية كما في "بصقبه".

<sup>128</sup>= وبلفظ عنه: جاء المسور بن مخزومة فوضع يده على منكبي، فانطلقت معه إلى سعد بن أبي وقاص، فقال أبو رافع: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتي الذي في دارك. فقال: لا أزيدك على أربعمائة منجمة، فقال: قد أعطيت خمسمائة نقدا فمنعته، ولولا أبي سمعت رسول الله ﷺ يقول "الجار أحق بصقبه ما بعثك". إعلام الموقعين م س ص 14

3- حمل البعض لفظ الصقب على الشفعة استنادا إلى قول الشريد بن سويد لرسول الله "أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم ولا مال قال عليه الصلاة والسلام" الجار أحق بسقبة ما كان"، قيل يا رسول الله: ما سقبه؟ قال: "شفعته".

4- وذهب أغلبية المحدثين إلى أن الحديث لم يبين المقصود من لفظ "أحق"، فيحتمل أنه يريد به أن يعرض ملكه عليه إذا أراد بيعه، لحديث "لا يحل لشريك أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك وإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به" و"يحمل أن يريد به الشفعة، لاحتمال أن يراد بالجار الشريك والمخالط، أو غيرها من وجوه الرفق والمعروف.<sup>129</sup>

5- قال الشافعي: المراد بالجار الشريك، فقد يطلق اسم الجار على الشفيع. وقال ابن بطال: استدل به أبو حنيفة وأصحابه على إثبات الشفعة للجار، وأوله غيرهم على أن المراد به الشريك بناء على أن أبا رافع كان شريك سعد في البيت، ولذلك دعاه إلى الشراء منه، وأما قولهم: إنه ليس في اللغة ما يقتضي تسمية الشريك جارا فمردود، فإن كل شيء قارب شيئا قيل له جار، وقد قالوا لامرأة الرجل: جارة لما بينهما من المخالطة، فاقترضى كلاهما أن سعدا كان جارا لأبي رافع قبل أن يشتري منه داره، لا شريكا له.<sup>130</sup>

الواقع أن الاختلاف حول مضمون هذا النص يرجع إلى الالتباس والتداخل الواقع في مفهوم نظامين مختلفين متوارثين قديمين سابقين لظهور الدين الإسلامي في شبه الجزيرة العربية، يجريان كلاهما على العقار، وبعد انتشار الإسلام، تأصلت الشفعة مستقلة عن الصقب، وبني الصقب أو الجوار على أسس ومبادئ تختلف جوهريا عن أسس وضوابط الشفعة، فالشفعة لا تقوم بإرادة الأشخاص بل بنص قطعي الدلالة والثبوت، بينما الصقب لا يلزم البائع أو المشتري، وإنما تلعب في

<sup>129</sup> = التسولي 2 ص 101 - الزرقاني على الموطأ 3 ص 476

<sup>130</sup> = المغني م س

نشوئه إرادة البائع دورا مؤسسا، فحينما يريد مالك عقار أن يبيع عقاره يأتي المجاور يطلبه أن يوليه البيع ليدفع عنه الضرر أو ليتصل له الملك.

### النسق الثاني: ألفاظ منكورة في الشفعة

وهذا النسق الآخر من الأخبار - من 44 إلى 66 - التي تسمى في كتب السنن بألفاظ منكورة في الشفعة<sup>131</sup> متعارض مع الأول، ومتناقض معه أو مخصص له في أحسن الأحوال.

لاشك في أن المجتهدين العلماء المؤسسين كانوا على علم بمختلف الأخبار الواردة في الشفعة بألفاظها ومعانيها فذكروها، على اختلاف طبقاتهم، مناقشين ومحللين لها، جارحين ومعدلين، وهي ما تزال تشكل جزءا من ذاكرة الشفعة، منتشرة في بطون الكتب الأمهات، يساعد على انتشارها في هذا العصر، ما يسر الله تعالى من الوسائل، بالرغم من كونها دليلا واضحا على الوقوع في الكذب على رسول الله ﷺ، أو على الأقل، في عزو ما لم يصح من الحديث إليه.

صحيح أن الرواة، على الأقل المدونين منهم، لم يتعمدوا الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم مباشرة، لكنهم ارتكبوه تبعا، لأن الأخبار تتعارض الواردة في الموضوع، بحيث لا يستطيع ظاهريا تقديم خير الأفقه منهم على خبره الفقيه، وخبر الفقيه على خبر غيره، ولا يوافق بعضها القواعد العامة المرتبط بها تحصيل المصالح الشرعية ودرء المفسد. وإذا قلنا بتعارض الأدلة في ذاتها، لزم القول بتناقض أحكام الشفعة واختلافها. وهذا يفضي إلى القول بتعدد مصادرها، وهو محال، لأن "الشرعية كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وإن كثر الخلاف، كما أنها في أصولها كذلك، ولا يصح فيها غير ذلك"<sup>132</sup>.

هذا التناقض أو التعارض الذي لا يجوز أن يكون من عند الله عز وجل أصلا، ولا من رسول معصوم البتة، يضعنا أمام الفرضيات الآتية:

<sup>131</sup> = راجع البيهقي

<sup>132</sup> = راجع الملل والنحل م س - المواقات 4ص 7

1- إما أن نصدق نقل الرواة لهذه الأخبار عن النبي ﷺ، وهذا إقرار على أنفسنا وعلى أسلافنا الذين نقلنا عنهم الدين بالكذب.

2- إما أن نكذب النبي المبلغ فيما نقله عن الله عز وجل، فيبطل تعلقنا بما في هذه الأخبار.

3- وإما أن نصدق الرسول ﷺ الأمين ونكذب الرواة<sup>133</sup>.

فإن كان الرواة كاذبين فقد سقط أمرهم والحمد لله رب العالمين. وإن كانوا صادقين، فقد حصلت ستان متخالفتان متكادبتان، ويكون من الباطل المقنع كونهما جميعاً حقاً من عند الله سبحانه وتعالى، ولا بد ضرورة أن تكون إحداها حقاً والأخرى مكذوبة، وهي كذبة فاحشة وخطيرة، نسبها إلى النبي المبلغ ﷺ وحاشى له في مثلها، خطورتها إثارة خلاف حول النص، وليس مجرد خلاف في فهمه. وهذه مسألة من مثار الشبهة حول الدين الإسلامي، مع أن مراد الله تعالى في النص واحد، ولم يرد في الفروع إلا قولاً واحداً، ولم يقصد وضع حكيم متخالفين في موضوع واحد.

ومعلوم أن هذه الأخبار المنكرة كانت محط بحث علماء الحديث وفقهائه ونقدتهم، ومع ذلك، ورغم ما ورد فيها من جرح وتعديل، ما تزال تجد من يحتج بها، ويعتبرها سنداً وأصلاً شرعياً يستدل به. ولعلها من المصائب العظمى التي نزلت بالمسلمين منذ العصور الأولى. قال ابن الجوزية: لما لم يستطع أحد أن يدخل في كتاب الله ما ليس منه، أخذ أقوام يزيدون في حديث رسول الله ﷺ، ويضعون عليه ما لم يقل. وقد أدى انتشار هذه الأخبار إلى مفاصد كثيرة، منها ما هو من الأمور الاعتقادية الغيبية، ومنها ما هو من الأمور التشريعية<sup>134</sup>.

ويجدر التنبيه إلى أن الفقهاء المسلمين، حينما عاجلوا الأخبار الواردة في الشفعة وخاصة منها خبر أبي سلمة، عمدتهم المذكور، لم يتعاملوا مع شبكة الوحدات

<sup>133</sup> = انظر ابن حزم م س

<sup>134</sup> = المغني م س



المكونة لنص الخبر أو بنيته اعتباطيا، وإنما اعتدوا بما تقتضيه لغته من إرث مشترك من "التصورات" و"التخييلات" و"التمثيلات" المحيطة بهذه الكلمة أو تلك، ولم يقتصروا على البنية وحدها من خلال علاقتها الداخلية فقط، بل اهتموا بمحولات ثقافية أخرى مشحونة ذاتيا وموضوعيا تصاحب مفردات النص، فأعطوها إحالات خاصة، فتداخلت في تحاليلهم الإيحاءات والتضمنات والعرف الثقافي والتاريخ؛ أو قل تداخلت في تفاسيرهم للنصوص شبكة من العلاقات السوسيوثقافية، فخلقت كل كلمة من كلمات النص في تصور كل مجتهد أو في تأويله شبكة أخرى من الدلالات، أو ما يمكن أن نطلق عليه المؤشرات التداولية "الغائبة الحاضرة"، فحمل كل محلل بمعطيات خارجة عن النص، تستدعيها كل كلمة من كلماته، أثناء وصفه للأحكام.

وعندما حاول الفقهاء تععيد الخبر المذكور المعبر عن معنى حديث ابن عباس "الشريك شفيح" تصرفوا في الجملة الحاملة للخبر وفق قواعد خاصة باللغة العربية التي اخترقوا حدودها اختراقا، وكما لم يستطع الرواة تبليغ نفس المعنى، لم يوفقوا في توحيد وصف الأحكام الشرعية، فترى المالكية يرجحون خبر "قضى رسول الله بالشفعة..." على الخبر "الجار أحق بشفعة جاره ينظر..." عمدة الأحناف، لأن في نظرهم الأول دال بمنطوقه ومفهومه على أن لا شفعة للجار، والثاني دال على شفعة الجار بمنطوقه فقط، فقدموا الأول لقوة دلالة بوجهين على الثاني لدلالته عليها بوجه واحد، بينما يرجح الأحناف "الجار أحق..." لأنه يدل على الحكم بمنطوقه، وعمدة المالكية يدل عليه بمفهومه، وهو بذلك مقدم عليه لتقدم دلالة المنطوق على دلالة المفهوم لكونها أصرح، وهي الأصل، أما دلالة المفهوم فمختلف في العمل بها. وقال الشافعية: إن هذا الحديث، وإن دل على بعض المدعى، وهو ثبوت حق الشفعة للشريك، لا ينفي بعضه الآخر، وهو ثبوته لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق، لأن اللام في الشفعة المذكورة في الخبر للجنس لعدم العمدة، وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على

المسند<sup>135</sup>. وقال الحنفية بأن الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر، وهو لا يدل على نفي ما عداه، وبأن قوله "إذا وقعت الحدود" مشترك الإلزام، لأن الرسول ﷺ علق الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحداً تجب الشفعة. وذهب البعض إلى أنه مجاور لملك صاحبه، فهما جاران حقيقة، وأما الاستعمال فإنهما خليطان متجاوران، ويتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل ما دلت عليه أحاديث شفعة الشريك، فيكون لفظ الجار مراداً به الشريك، ووجه هذا الإطلاق المعنى والاستعمال، فأما المعنى فإن كل جزء ملك للشريك<sup>136</sup>.

نتيجة لما سبق، تعددت الأحكام الفقهية المستنبطة في حقل الشفعة بتعدد قراءات خبر الموطأ عمدة ومرجعية كل فقيه، وبتأويل الأخبار الأخرى وتطويعها لإلحاقها به إلحاقاً أو إبعادها عنه إبعاداً، اعتماداً على المباحث اللغوية كالعوم والخصوص والحجاز، فأضحى التعدد في المصادر المرجعية المتنوعة صياغاتها مجالا واسعا لإعمال العقل، وتورط الفكر، وتنازع الأحكام.

وحينما عمد الفقهاء إلى تععيد النصوص<sup>137</sup> لم يسلموا من خلفيتين:

1- خلفية منهجية: وتمثل في الصراع الذي كان دائراً بين المحدثين حول الأثر الموروث.

2- خلفية تاريخية ومفاهيمية: ونعني بها الخلط بين نظام الشفعة وغيرها من النظم المشابهة لها، واشتباهاها بقواعد نزع الملكية والاستيلاء عليها ومصادرتها.

أكد أن اعتماد الفقهاء على الخبر المذكور مع احتمال أكثر من معنى، لا يمكن ترجيح أحدها على غيره، ما جعل الفقهاء المسلمين يختلفون في أحكام الشفعة

<sup>135</sup> = المغني م س

<sup>136</sup> = تكملة فتح القدير م س

<sup>137</sup> = النص هو اللفظ باعتبار دلالاته على المعنى المقصود منه بالسياق أصالة ودلالة تحتمل التأويل والتفسير.

بسبب اختلاف طرق ووسائل التعامل مع هذا الخبر، هو القناة الأولى الرئيسية، والمنبع الأصل الذي تدفق منه سيل الاختلافات التي يعرفها علم وفقه الشفاعة.

### المطلب الثاني: الفقه الإسلامي

الفقه في لسان العرب "العلم بالشيء والفهم له"<sup>138</sup>، بمعنى "فهم غرض المتكلم من كلامه فهما عميقا نافذا يتعرف غايات الأقوال والأفعال"<sup>139</sup>. وهو في المعجم الوسيط "الفهم والفتنة والعلم"، وفي مجمل اللغة "العلم بالشيء وكل علم بشيء فقه"<sup>140</sup>، أما في اصطلاحهم فهو "علم الشريعة الإسلامية وأحكامها وفروعها"<sup>141</sup>، أو هو "العلم بالأحكام الشرعية المكتسبة من أدلتها التفصيلية بالاستدلال"<sup>142</sup>.

رغم ما قد يلاحظ من تشابه بين التعريفات<sup>143</sup> اللغوية والفقهية المذكورة، ومع أنها متداولة ومستقرة ومعتمدة في المؤلفات الفقهية والمعاجم اللغوية، وتعتبر

<sup>138</sup> = لسان العرب - القاموس المحيط - العدة في أصول الفقه ص 68 الفراء الحنبلي 1960 لبنان

<sup>139</sup> = أصول الفقه ص 6 محمد أبي زهرة دار الفكر العربي

<sup>140</sup> = مجمل اللغة 3 ص 703 - الصاحبي في فقه اللغة ومسائلها ص 78 لابن فارس

<sup>141</sup> = الآدمي م.س - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ص 3 لمحمد بن علي الشوكاني

- راجع: التمهيد في تخریج الفروع على الأصول ص 30 للإمام السنوي 3 بيروت 1984

<sup>142</sup> = مناهج الاجتهاد في الإسلام ص 23 محمد سلام 1977

<sup>143</sup> = هذه التعريفات تثير إجمالا عدة ملاحظات:

- إن العطف فيها يفيد كما في علم اللغة، المغايرة، أي، أن الفقه غير العلم وليس مجرد فطنة وفهم.  
- إن العناصر التركيبية التي تتكون منها متغايرة ومتنافرة وغير متماثلة ولا مترادفة، فإذا كان الفهم عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئه لاقتناص كل ما يرد عليه من المطالب وإن لم يكن المتصف بما عالما، وكان الفقه أرفع من العلم لأنه أخص منه، وهو فهم مراد المتكلم من كلامه بقدر زائد على مجرد فهم وضع اللفظ في اللغة، فإن الفقاهة - وهي مصدر لفعل فقه يفقه الفقيه، بضم القاف، صار عالما فطنا، وهو فقه بكسر الفاء، أي الفهم وحسن الإدراك -، قدرة على صرف الكلام وحمله على كل الوجود وإحكامه، ويقضي بالإضافة إلى المهوبة دربة وثقافة ونوعا من التأمل الروحي الثاقب وتجربة فنية عالية، فضلا عن ممارسة متقدمة في تقنية العبارة:

جزء من ذاكرة الفقه الإسلامي قديما وحاليا، ليست مضبوطة وتجسد مظاهر الأخلاف والتمايز بين المذاهب الفقهية.

وإذا علمنا أن اللغويين والعلماء والفقهاء يستعملونه تارة بمعنى العلم، وتارة أخرى بمعنى الفهم أو يضعون أحدهما مكان الآخر، أدركنا خطورة الخلط الذي وقع فيه فهم هذا اللفظ وفهمنا لماذا ظل هذا الاستعمال طوال المسيرة الفقهية واللغوية تغطيه ضبابية في المؤلفات. فالتعريف الاصطلاحي الأول، وإن كان يشكل الطابع العام للفكر الإسلامي إذ كان الفقه يطلق في القرن الأول من ظهور الإسلام على مجموعة المسائل والأحكام المتعلقة بالعقائد والأخلاق والترغيب والترهيب بالإضافة إلى الأحكام الشرعية العملية، فكان يجسد ويعكس مرحلة هامة من مراحل الشريعة الإسلامية، مرحلة نزول الوحي الإلهي والدعوة المحمدية، على اعتبار أنه بطبيعته دين وقضاء، تتداخل فيه أمور الدين بأمر الدنيا على السواء، واستوعب الظاهرة التشريعية في جوانبها العقدية والنظامية والأخلاقية، غير دقيق، وضعي باهت ومتهافت، خليفته تقريب الفقه إلى كل عالم، وإزالة مرتبة الحكمة الفاصلة بين العلم والفقه، توهينا بالمصطلح؛ وهو مبهم، ولا يضع حدودا بين الشريعة الإسلامية الخالدة وما هو مجرد آراء. إن الفقيه، ولو ارتفع بقوة مداركه وارتقائه إلى مستوى أرفع من التفكير الرتيب العميق وغاص في بواطن النصوص، واستحلى كتبها وخوافيها مستندا في ذلك إلى ذخيرة واسعة من المعارف، وصار يتزل الوقائع والأحداث على عموم الكتاب والسنة، يظل عمله دائما مجرد رأي شخص، ولو استند إلى نص. وبالرغم من أن كلا من العالم والفقيه يلزمهما أن يلما بعلم الشريعة الإسلامية ومصادرها، لا بد أن يتميز أحدهما عن الآخر بما أوتي من فطنة وإحكام الكلام، لأن كلا الإثنين وإن كانا علمين، فإن الفقيه يرتفع عن صاحبه ويسمو إلى درجة وضع أحكام إجتهادية. أما التعريف الثاني فهو يمثل مرحلة تخصص الفقه الإسلامي وتمايز مصطلحه في "العلم بالأحكام الشرعية الفرعية المكتسبة من أدلتها التفصيلية سواء من حيث فهمها أو من حيث إطلاق اسم الفقه عليه" بحيث أضحى ذا كيان مستقل عن باقي العلوم وصنفه الفقهاء وفرعوه فروعاً وقسموه أقساماً وأبدعوا فيه تبويبا وتقسيمات. ولا شك في أن هذه المرحلة تعد حاسمة، إذ قلما نجد بعدها عملا فقهيا يتعد كثيرا عنها. وإذا كان الفقه الإسلامي قد مر بأدوار مختلفة فإن أهم مراحل وأدواره، مرحلة انفصاله عن الحديث النبوي وسنته، لأن العلاقة بينهما ظلت تلازمية نشأة وتنظيما، فعندما كان الرسول ﷺ ينطق بحديث تشريعي فهو إذن يقرر حكما، وعندما تعرض عليه نازلة في القضاء فإنما كان يقضي فيها بحديث. ومن هنا كان الفصل بين الفقيه والمحدث مستحيلا. غير أن هذا التلازم، وإن استغرق قرنين من الزمن، فقد انحل، فبدأ الحديث ينفصل عن الفقه، وبدأ الفقيه يتميز عن المحدث. ويمثل موطأ الإمام مالك بحق مرحلة متوسطة بين دمج الحديث بالفقه ومرحلة انفصال كل منهما في كتب خاصة، فقد اختلطت فيه الأحاديث بالأحكام وآراء الصحابة والتابعين وآراء المؤلف. وتجدر الإشارة إلى أن الفقه قد أثر في الحديث إذ عمل المدونون على ترتيب أحكامه على أبواب الحديث من جهة، ومن جهة أخرى أخضعوا مضمونه للواقع العملي

ويجمع فقه الشفعة مؤلفات من كل جيل وعصر، يميزها، مع الأسف الشديد، تعدد وتناقض الأحكام.

لقد جر اعتماد الفقهاء المسلمين المؤسسين على اختلاف اتجاهاتهم على خبر الموطأ والدوران حوله إلى اختلافات وخلافات تكاد تسم نظرية الشفعة بالاضطراب والتفكك، فما كاد العلماء المحدثون وفقهاء الحديث يجمعون على ثبوته حتى تفرقت المذاهب الفقهية في تأويل مصطلحاته وألفاظه ومفاهيمه، فتنوعت قراءاته واختلفت، وتعددت الأحكام المستنبطة أو المستخرجة منه واختلفت.

ويمكن جمع أسباب الاختلاف في تععيد هذا النص<sup>144</sup> في ما يلي:

- ما يرجع إلى النص في ذاته كاختلاف في تصحيحه وتضعيفه، وشروط قبوله أو الاختلاف في ما يلحق دلالاته من الاشتراك اللغوي والحقيقة والمجاز والعموم والخصوص.

<sup>144</sup> = ولعله من نافلة القول: إن الاستعانة بأدوات خارجة عن نص الخبر إقحام لمجالات معرفية بعيدة النسب عن مجال البحث، وبالتالي، فإن هذا التوسل الإجرائي قد حجب الحقيقة الشرعية، لارتباط نص الخبر العضوي بعنصر لغوي ونفسي ومنطقي، شكلت لحمته وسداه، وكأن إدخال ما هو خارج النص على النص يعد فضا لبراءته وحرمة. إن مكونات النص اللغوية هي التي تكبح جماح التأويل، وتحد من حريته المطلقة، على أن محاصرة بنية النص اللغوية لكل اعتداء أو إقحام لا يمكن أن تفهم بأنها صد عن كشف المحجوب في النص من خلال القراءة الكاشفة، إذ النص نفسه يأبى على التأويل ممارسة هذه الحرية المطلقة، لأن القراءة الكاشفة للمسكوت عنه في النص، إنما هي قراءة مقيدة بمعطيات النص ومكوناته. ونستطيع القول: إن تجاوز المعالجة اللغوية للنص وتخطيها إلى التجريد لا يمكن أن يفهم إلا في إطار عجز الدارسين عن تجسيد رؤية واضحة. وبعبارة أخرى أكثر نضاعة، إن القراءة المغرضة لا تتبع من النص، وإنما هي دخيلة عليه، غريبة عنه، ومقحمة على نظامه اللغوي. ومن مظاهر تلك الغربة، أن هذه القراءة محكومة بشواغل فكرية تستمد وجودها من الحقيقة العقلية، وتجد مشروعيتها في افتتاح النص على مصراعيه، وقبوله لكل القراءات. ولا شك في أن هذه القراءة ضرب من الإسقاط العقلي على النص قصد إفراز مضامين دلالية من خلال تجاوز بنيته التركيبية إلى فضاء من اللعب الحر بالدوال والمدلولات، تتجاوز حدود أحلاق الممارسة التأويلية، وتتخطى ثوابت النظام اللغوي، ما جعل نظام التعامل مع النص أشبه بفضاء مفتوح لكل المنهجيات.

- ما يرجع إلى الاجتهاد الفقهي وأدواته وقواعده<sup>145</sup>، كالاكتفاء بالاستصلاح وبالقياس، وما يتبعه من اختلاف في إدراك وتحديد علة الحكم. وبإيجاز ترجع أسباب اختلاف الفقهاء في تأويل وتفسير النص إلى النص نفسه من حيث روايته ودلالته، غير أنهم، وبالرغم من اختلافهم يتفقون في مقصود واحد هو صرف اللفظ عن ظاهره إلى وجه آخر يرجحه كل فريق بما ثبت لديه من الأدلة والقرائن العقلية والعقلية.

وبعبارة أخرى ترجع أسباب اختلاف الفقهاء حول أحكام الشفعة إلى اختلافهم حول الأساس المتخذ لها والمنهج المعتمد في الاستنباط:

#### الفقرة الأولى: أساس الشفعة

ترأى للفقهاء أن أساس تشريع نظرية الشفعة ليس شيئاً آخر غير علتها أو سببها أو الغاية منها أو الباعث عليها أو الحكمة أو الهدف منها، دون اعتبار للفروق الواضحة بين هذه المصطلحات، فتصور البعض ذلك في دفع أو رفع الضرر عن الشفعاء، دون اتفاق بينهم في نوع وطبيعة الضرر المقصود درؤه، ولا في من يدفع عنهم هذا الضرر؛ بينما توهم آخر أن تقنية الشفعة ذاتها خارجة عن أصول الشرع أو مستثناة منها.

<sup>145</sup> = مما لا شك فيه أن الفقيه مطالب بسند الأحكام العملية بأدلتها الشرعية، إذ مشروعية تلك الأحكام التي تشكل موضوع الفقه لا بد أن تنبع مباشرة من نص شرعي لا من العقل وحده، ما يستلزم التمييز بين الشريعة الإسلامية كوحى وتشريع رباني أحكامه معلومة بالضرورة من الدين، تستخرج من نص شرعي بلا اجتهاد ولا جهد، وبلا نظر، وبين الفقه كعملية استثمارية للنصوص القطعية والظنية -ظنية الثبوت أو الدلالة أو ظنية الثبوت والدلالة-، ويضمّر أن الفقه ليس الشريعة بالمعنى الدقيق، ومن ثم لا قدسية له، تسوغ مخالفته باستثمار أقوى، وتسهل هذه المخالفة، متى علم أن الفقه في جزء كبير منه كان في واقعه التاريخي تطبيقاً للشريعة على قضايا ووقائع ونوازل طارئة. وهذا الأمر يقتضي أن تكون الأحكام الاجتهادية مجرد عمل شخصي يأتي عليه الزمان، ويعني أن وجود آراء فقهية سرمدية لا تتغير، أو لا يجب أن تتبدل أبداً زعم فاسد تكذيب الحقائق، إن في زمان معين أو على مدى التاريخ، وأنه على النقيض من ذلك تماماً هناك ما جاء به الوحي الإلهي من أحكام ثابتة راسخة لا تتغير أبداً، ولا يجب أن تتغير أياً ما كانت الظروف المحيطة بالأشخاص.

ويرجع سبب الإشكال كله إلى اختلاف زوايا النظر إلى الشفعة:

- فمن نظر إليها من زاوية تنظيم المال الخاص وما يمنحه صاحبه من سلطات وحقوق فقد تبين له أنها شذوذ عن القواعد العامة، وذريعة لجلب الضرر.

- ومن نظر إليها من زاوية تنظيم المال المشترك قال: إنها أصل في الشرع وقاعدة لدفع الضرر؛ وبالأحرى لجلب المصلحة أو المنفعة.

أ - تشريع الشفعة خلاف للأصل و خروج عن القياس

### 1- الشفعة خلاف الأصل

زعم أبو بكر الأسود - ت 320 هـ - أن الشفعة مخالفة لقول الله عز وجل: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ<sup>146</sup>. وادعى الأصم وجابر بن زيد أنها لا تثبت للشريك لأن فيها إضراراً بشركائه كما فيها ضرر له، على اعتبار أنه كلما أراد بيع نصيبه يتعذر عليه أن يجد مشترياً له يخاطر بماله مع علمه مسبقاً أن الحصة أو الحق المراد شراؤه قد ينتزع منه كما أن الشريك نفسه قد يتأخر عن الشراء لعلمه أن أحداً لن ينافس عليه، فيظهر عدم رغبته فيه حتى يبخسه في الثمن<sup>147</sup>. وقال البعض "إنها نظام مضطرب لا يأتلف مع النظام الاجتماعي المعاصر لأن حق المشتري يبقى معلقاً حتى استعمال الشفيع حقه فتتقيد حرية التعامل، ويبقى البيع وحق المشتري مضطربين، مما لا يتلاءم مع مبادئ العدل التي تمنع القيود المعطلة حرية التعاقد والمزلزلة أركان العقد، ولو أنه مستمد من الشريعة الإسلامية، فهو حق مكروه يجوز الالتجاء إلى الحيلة لإسقاطه"<sup>148</sup>، بل أسقطه القانون السوري صراحة

<sup>146</sup> = النساء، الآية 29: قال ابن عباس: لما أنزل الله "يا أيُّها الذين آمنوا"، تخرج المسلمون، وقالوا: الطعام من أفضل الأموال، فلا يجلب لأحد منا أن يأكل عند أحد. فكف الناس عن ذلك. راجع: أسباب التزول ص 209 للسيوطي.

<sup>147</sup> = المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود ص 245 لسلام مذكور - بن معجوز م س ص 22

<sup>148</sup> = الشفعة في أحدث الآراء وأحكام النقص والصيغ القانونية ص 5 لمصطفى مهدي هرجة دار الثقافة

وألغاه، وضيّق فيه القانون المصري من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات، مستندا إلى أن "حق الشفعة خروج عن مبدأ المساواة أمام القانون، ويخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذي يقرره الدستور"<sup>149</sup>.

خلاصته "أن الشفعة خلاف الأصل لما فيها من إخراج ملك من ملك صاحبه بوجه غير مستقيم خلافا لمبادئ سلطان الإرادة"<sup>150</sup>.

## 2 - الشفعة خروج عن القياس

ظن جل الفقهاء أن نظرية الشفعة خروج عن قاعدة "لا يسلب شخص ملكيته إلا برضاه" المشهورة والأساسية في نظرية الرضى، إذ فيها قطع ملك مسلم بغير اختياره بعد أن توصل إليه بطريق شرعي<sup>151</sup> و"أن الحق فيها معدول به عن سنن القياس، لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه"<sup>152</sup>، "لأن الشفيع بأخذه بالشفعة يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره"<sup>153</sup>. واكتفى البعض بالقول "إنها، وبالرغم من أنها شرعت على خلاف القياس رعاية لمصلحة الشريك ودرء للضرر عنه، قيد يرد على حرية التصرف يستحسن عدم التوسع فيه"<sup>154</sup>، و"صورة من صور نزع الملكية للمصلحة الخاصة"<sup>155</sup> الأولى طبعا بالاعتبار. ورد ابن القيم بأن القياس ترك هنا بالأخبار وأن الأصح القول بأن الشفعة أصل في الشرع ولا يصح أن يقال: إنها مستثناة من القياس، بل هي ثابتة،

<sup>149</sup> = الدكتور مأمون الكزبري م س ص 439

<sup>150</sup> = المعيار 8 ص 92 - عارضة الأحوذى م س

<sup>151</sup> = البدائع ص 4 - إعلام الموقعين 2 ص 141 - الأدلة الأصولية ص 255 ل محمد مراد سعيد الغزوي

<sup>152</sup> = التكملة ص 372 - ابن عابدين 7 ص 405 - المبسوط 14 ص 91 - إعلام الموقعين 2 ص 138

<sup>153</sup> = إعلام الموقعين 2 ص 138-139-142 - التفريع ص 30 - إيضاح الفوائد ص 198-208

<sup>154</sup> = تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد ص 450 للدكتور شرف الدين مصر

- التحفيظ العقار والحقوق العينية الأصلية والتبعية ص 349 للدكتور مأمون الكزبري دار الثقافة

<sup>155</sup> = الحقوق العينية الأصلية شرح القانون المدني الجديد ص 3 للدكتور محمد كامل مرسي القاهرة 1951



وقد دلت على ثبوتها الأحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وإجماع الأمة<sup>156</sup>، أي، أن الشفعة سنة، أحد أصولي الشرع الإسلامي ومصدره النقليين، ثابتة بالإجماع.

لا أدري كيف استباح بعض العلماء لأقلامهم أن تجري بما قرروه من أن الشفعة خروج عن الأصل أو استثناء من القواعد العامة في المعاملات ومضمونها هو الشرع بذاته! ومن الغريب القول باستثناء قاعدة الشفعة عن الأصل أو بخروجها عن القياس تأسيساً على أن مضمونها يتعارض مع قاعدة إطلاق الحرية الفردية للأفراد في ممتلكاتهم الخاصة، مع أنها قاعدة تنظم الملكية المشتركة، سعيًا إلى إقصائها من النظام الشرعي أو تقييد مجال إعمالها.

إن الشفعة تجري في الأموال المشتركة ولا تتعلق بالأموال المملوكة ملكية فردية حتى تعطي صاحب الحق فيها كل سلطات الحق، ولا شك في أنها قاعدة شرعية ينبغي الخضوع لأمرها دون قيد أو شرط في جميع الأموال المشتركة، مهما كانت الظروف، وبغض النظر عن النتائج والآثار أيا ما كانت. أما مسألة استقصاء مضمونها إن كان يتفق أو لا يتفق مع مقتضى الحرية الفردية للقول بمشروعيتها في الحالة الأولى وبانعدامها في الحالة الثانية فتلك مسألة تخرج كلية عن نطاق الشفعة. وكل ما في الشريعة يوافق العقل، وليس فيها ما يخالف القياس.

### ب- الشفعة تنظيم للشركة

يسلم الفقهاء بأن الشركة تجلب الضرر للشركاء لأن بعضهم يتعدى على البعض لقول الله تعالى وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ<sup>157</sup> لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ<sup>158</sup>،

<sup>156</sup> = المبسوط 14 ص 90 - المعنى 5 ص 286 - أعلام الموقعين 2 ص 142

<sup>157</sup> = خلط الشيء بالشيء ضم إليه ومزج به، وخلطه مخالطة وخلاطا: مزجه وعاشره والخلطة: الشركة، الخلاط، اختلاط الناس والمواشي، المخالطة: المشاركة، الخليط: ج خلط وخلطاء، الشركاء: راجع المعجم الوسيط 1 ص 259

<sup>158</sup> = قال الله تعالى في سورة ص المكية: ﴿وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَضْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ إِذْ دَخَلُوا عَلَى دَاوُدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ قَالُوا لَا تَخَفْ خَصِمَانِ يَبْغِي بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَاهْدِنَا إِلَى

وبما أن في إنهاء حالة الاشتراك أو الشيوع أو الشيع بالقسمة أو بالتصفية ضررا لما فيها من مصاريف عديدة وحرمان المتقاسمين من الانتفاع بالمرافق وإخراجهم من الشيع بغير رضاهم، وبما أن الشريك الجديد قد يسيء للشركاء بما يترتب على دخوله من مضايقات تمنع حسن التصرف، أو قد يطالب بالقسمة، فقد شرع الله تعالى الشفعة كأصل في الشرع لإنهاء هذه الحالة مستقبلا بتقليل عدد الشركاء تدريجيا، ودفع الضرر عنهم حالاً<sup>159</sup>.

ويذهب رواد هذا الاتجاه، عن اقتناع، إلى أن في الشفعة تطبيقات عملية لكثير من القواعد الأسس القائم عليها التشريع الإسلامي<sup>160</sup>، فالبغي والظلم "ضرر شرعت الشفعة لإزالته كما هو الحال بالنسبة لكثير من الأحكام الأخرى كخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية والإجبار على القسمة، فالضرر يزال"<sup>161</sup>، وهي تعمل على رفع الضرر الذي يلحق الشركاء من دخول شريك جديد عليهم، وتخفف الضرر الناتج عن انتزاع الملكية من المشتري بالتعويض له، فلا ضرر ولا ضرار ولا حرج<sup>162</sup>.

---

سَوَاءَ الصَّرَاطِ إِنَّ هَذَا أَحْبَبَ لَهُ تَسَعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً وَلِيَّ نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفَلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخَطَابِ قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالِ نَعَجَتِكَ إِلَى نَعَاجِهِ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ وَظَنَّ دَاوُودُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ رَاكِعًا وَأَنَابَ ﴿١٠١﴾ صدق الله العظيم. قال الزمخشري: المراد أخوة الدين أو الصداقة و الألفة أو الشركة والخلطة. وكل واحدة من هذه الأخوات تدلي بحق مانع من الاعتداء والظلم. راجع:

- الكشف عن حقائق غوامض التزليل و عيون الأقاويل في وجود التأويل 4ص 83 للزمخشري

- الرزقاني على خليل 6ص 172-173 -العناية م س -بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع م س

<sup>159</sup> = تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لابن فرحون 2ص 212 القاهرة 1986

<sup>160</sup> = الدكتور محمد ابن معجوز م س ص 9

<sup>161</sup> = تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية والشفعة والعقد ص 341 م س

<sup>162</sup> = الحرج ما لا مخرج له. جاء رجل في ناس من قومه إلى ابن عباس فسأله عن الحرج، فقال أو لستم

العرب؟ ادع لي رجلا من هذيل فجاهد، فسأله ما الحرج فيكم؟ قال: الحرجة من الشجر، ما ليس له

مخرج. قال ابن عباس: ذلك الحرج، ما ليس له مخرج: انظره في الفقه الإسلامي أساس التشريع هامش

ص 7 الكتاب الأول 1971 مصر

لاشك في أن تنازل المشتري عن مشتراه جبرا إضرار به، غير أن ضرره ضئيل بالنسبة لأضرار الشركاء، وإذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، والمصلحة الجماعية مقدمة على المصلحة الفردية. اتفق إذن العلماء المؤسسون على أن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء لكنهم اختلفوا في نوع وطبيعة الضرر المراد رفعه والمضروب المرفوع لمصلحته<sup>163</sup>:

1- فذهب الشافعي وفريق من المالكية إلى أن الشفعة مشروعة لرفع ضرر قسمة المال المشترك القابل للقسمة العينية فقط، إذ هو وحده الذي يخشى طلب القسمة فيه، أما ما لا يقبلها، سواء بطبيعته أو بحسب ما أعد له، فلا شفعة فيه.

2- ويرى الفقهاء المكيون والظاهرية وبعض المالكية أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة بإعطاء الشريك الحق في شفعة ما باعه شريكه للغير، وبذلك يضمن الضرر من غير الاضطرار إلى قسمة ذلك المال المشترك عقارا كان أو شجرا أو حيوانا مما يقبل القسمة أو لا يقبلها، وهو قول الإمام أحمد في رواية<sup>164</sup>.

3- وقال الحنفية: إنما هي مشروعة لرفع ضرر الشركة والجوار، فكما قد يسهى الشريك إلى شريكه، قد يسهى الجار إلى جاره، فورود الشرع هنا يكون ورودا له هناك<sup>165</sup>. وترد في أي عقار.

ويعود سبب الخلاف بين الفقهاء والمنظرين حول تحديد أساس أحكام الشفعة إلى مسألتين، فضلا عن فتراضهم بأن الشركاء هم الخلطاء، افتراضوا بأن إضرار المالك الجديد بالشركاء أمر وارد ومؤكد وإن اختلفوا في نوعه:

<sup>163</sup> = الأدلة الأصلية الأصولية 2 ص 255 لمحمد مراد الغزي بيروت 1919 - زهدي يكن م س 153

<sup>164</sup> = الزرقاني على الموطأ 3 ص 476 - التسولي 2 ص 180

<sup>165</sup> = الأدلة الأصلية الأصولية 2 ص 255 لمحمد مراد الغزي بيروت 1919 - زهدي يكن م س 53

- بدائع الصنائع م س - المسوط 14 ص 91 - إعلام الموقعين ص 148

أ- نقطة البداية في هذا الاتجاه، تلك الصورة الكئيبة القائمة المرسومة لحال الشركاء في الشركة، اقتضى التغلب والقضاء عليها تشريع الشفعة لتكفل لهم السلامة والسكينة والاستقرار والأمان:

1- فقد حمل بعض الفقهاء لفظ الخلطاء على الشركاء رغم تعدد معاني الخلطة عند اللغويين والمفسرين، والقرءان حمال ذو أوجه، للقول بظلم بعضهم للبعض، وخاصة الجدد منهم. وهذا تأويل فاسد لمجرد أن الخلطة من خلال سياق الآية الكريمة، والنسق الذي وردت فيه، لا تعد شركة بأمارتين:

- إن الخلطاء أو الخليطين المذكورين في قول الله تعالى لا يملكان شيئاً مشتركاً، فالباغي الظالم المدعى عليه والمظلوم المعتدى عليه لكل واحد منهما ماله الخاص يستأثر وحده بملكيته، فهذا له تسع وتسعون نعجة، وهذا له نعجة واحدة.  
- إن الأخوة الرابطة بين الخليطين المذكورة في نفس السياق لا يمكن حملها على الشركة في الأموال حتى يترتب عليها ظلم الشركاء أو الخلطاء بعضهم لبعض، بل مجرد معاشرة أو قرابة.

2- إن الضرر المحعول علة لسن الشفعة، كما هو واضح، ليس ثابتاً، فزيادة على كونه مرناً ومضطرباً، غير منضبط ولا محدد، ولا منعكس، لا يصح اعتباره علة لتشريع الشفعة أو لحكمها:

\* أما ضرر القسمة، وبالرغم من أن القسمة ليست بضرر لأنها مشروعة، كما أن ضرر المالك على الشياح اللاحق به بالقسمة لا يرفع بالشفعة إذا كان الشركاء أكثر من اثنين مادام كل شريك يستطيع اللجوء إلى القسمة، فليس منضبطاً، ما يؤكد أن الشفعة لم تشرع فعلاً لرفعه.

\* أما ضرر الشركة، سواء بسبب الشركاء أنفسهم أو بسبب شريك جديد دخيل عليهم، فيمكن رفعه بالقسمة أو باللجوء إلى القواعد العامة والقواعد المنظمة للشياح. ويبقى هذا الضرر، في كل الأحوال، مجرد ضرر محتمل غير مؤكد الوقوع، وغير معتبر إذا كان المالك الجديد أحد الشركاء.

يتبين بوضوح أن فكرة الضرر التي بنى عليها جمهور الفقهاء أحكام الشفعة، وأيا ما كانت صورته أو طبيعته، وبكل أشكاله، أمر تقديري ونسبي، يختلف من شفيح إلى آخر، ومن مال إلى مال. وهو في حقيقته لا يزيد عن كونه مجرد افتراض عقلي بحث عند الفقهاء الذين اتخذوه مطية لتعليل مشروعية الشفعة لما لم يتبين لهم من النصوص المؤسسة لها أي دليل على اعتبار أو عدم اعتبار المصلحة القائم عليها حكمها. ولا يصلح علة لحكم الشفعة لأنه لا يرتبط به ارتباطا وثيقا، فوجب بدلا من ذلك، ربطها وجودا وعندما بأمر آخر منضبط ظاهر ومناسب، لا يتغير ولا يتبدل بتغير أو تبدل الأحوال والأزمان والأشخاص.

**3-** اختلف الفقهاء حول اصطلاح أساس تشريع الشفعة، ولم يميزوا بين علتها وحكمتها، فسماه البعض حكمة والبعض علة، والآخر غاية أو هدفا. ورغم اختلاف هذه المصطلحات أو الألفاظ، وتعدد مناهج البحث ومشارب الباحثين، فإن الجميع يقصد رفع الضرر عن الشريك. وأيا ما كانت مصطلحاتهم المستعملة فالعنى واحد هو العلة.

ب- هذا البناء أو التأسيس خطير والتعليل ساذج، وخطره إفهام أن الضرر إذا انتفى انتفت معه الشفعة. وقد أدت هذه النتيجة بالبعض إلى القول بكون الشفعة خروجاً عن القياس، بل وعن الأصل، وبافتراض خطأ وضرر الشريك الجديد أو الدخيل، وبنائه على قرينة قطعية.

وبالرجوع إلى الحديث النبوي الشريف "الشريك شفيح والشفعة في كل شيء" كدليل شرعي، يتبين أن هذا المصدر مبني على مقدمتين:

- الأولى راجعة إلى تحقيق مناط الحكم، وهذه نظرية،

- الثانية راجعة إلى نفس الحكم، وهي نقلية،

فكلما طلب شخص شفعة جزء من ملك على الشيع، فإنه لا يتم استشفاع ذلك الجزء حتى يكون متوفراً على صفة تؤهله ليستعمل حقه، فإن طلب شفعة الجزء المذكور، قيل له: هل أنت شريك أم لا، إذ لا بد من النظر في كونه شريكاً أم

غير شريك، وهذا هو معنى تحقيق المناط، فإذا ثبتت إمارة الشركة، أو حقيقتها، بنظر معتبر، قيل له: كل شريك شفيح.

والشركة أمر ظاهر منضبط، واعتبارها علة لحكم الشفعة فيها مظنة تحقيق الحكمة منه؛ وعليه، فإن بناء حكمها على هذه العلة الظاهرة المنضبطة أوجب من بنائه على غيرها<sup>166</sup>.

والعلة الشركة، والحكمة جلب المصلحة. وهذه الحكمة مفترضة ومبنية على قرينة قاطعة، وهي مصلحة مؤكدة للشريك في ضم الحصة المتقلة من الملك على الشياخ إلى غيره، إلى حصته غير المفترزة لتوسيع مزرعته أو ضيعته أو مسكنه؛ أو الاستقلال بسيارته أو سفينته أو طائرته أو مصنوعاته أو خشبه أو كتابه أو جواهره، أو ثيابه أو ثماره أو زرعه أو خضره أو مواشيه، أو أدواته أو آلاته المصنعية أو العملية.

#### الفقرة الثانية: الأحكام المستنبطة

الاستنباط في اللغة هو الاستخراج وأصله من النبط -بالتحريك- وهو الماء الذي يخرج من البئر أول ما تحفر، ثم استعمل في استخراج الشيء من مأخذه، سواء كان ذلك في الحسيات كاستخراج الماء من البئر والجوهر من المعدن، أو في المعنويات كاستخراج المعاني من النصوص. غير أن الاستنباط حينما يستعمل في المعنويات يكون مجازاً من قبيل الاستعارة. وقد شاعت هذه الاستعارة حتى صارت حقيقة عرفية، فصار الاستنباط بمعنى التفسير والتبيين<sup>167</sup>.

والمعنى الاصطلاحي للاستنباط ليس بعيداً كثيراً عن دائرة المعنى اللغوي إذ قيل

<sup>166</sup> = راجع بشأن العلة ومسالكها: الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام ص 181 للدكتور مهدي فضل الله

أنظر الموافقات المجلد 2 ص 3

<sup>167</sup> = لسان العرب 7 ص 410 -النهاية في غريب الحديث والأثر 4 ص 122 ابن الأثير 1300

التحرير والتنوير 5 ص 141

إنه "استخراج المعاني من النصوص بفرض الذهن وقوة القرينة"<sup>168</sup>، وقيل هو "استخراج للأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تعتمد على عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهياً"<sup>169</sup>.

وكما ظل المعنى الاصطلاحي للاستنباط قريباً من معناه اللغوي، ظل تعويد الفقهاء لنصوص الشفعية، بصفة خاصة، مرتبطاً بالقوانين والقواعد اللغوية ارتباطاً تاريخياً، خصوصاً في ما يتعلق بصاحب الحق فيها وبموضوعها:

### أولاً: الاختلاف حول صاحب الحق فيها

أجمع العلماء والفقهاء على أن الشفعية تثبت للشريك على الشيعاء في العقار، واختلفوا حول ما إذا كانت تثبت له وحده، أم أنها تثبت لغيره، في ثلاث قراءات:

#### القراءة الأولى

ترى أن الشفعية لا تثبت إلا للشريك على الشيعاء في العقار الذي لم يقسم. ويتزعم هذا الرأي علي وعمر وعثمان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وربيعة والأوزاعي ومالك، وابن المنذر والشافعي والحسن والثوري والعنري وقتادة وربيعة.

<sup>168</sup> = التعريفات للشيخ علي بن محمد الجرجاني بيروت 1983

<sup>169</sup> = أصله أن يكون من النص، فإذا كان الحكم قد توصل إليه الفقيه بالقياس أو الاستصلاح أو غير ذلك من الأدلة العقلية فهو اجتهاد، ولكن الفقهاء، يتوسعون فيسمون ذلك كله استنباطاً. ولاستنباط الأحكام الشرعية مرتبتان:

- أن يستنبط حكم شرعي لمسألة بعينها، وهذا استنباط الأحكام جزئية.  
- أن يستنبط حكم شرعي لمسائل عديدة متشابهة متجانسة، وهذا استنباط لأحكام كلية، والاستنباط بهذا الاعتبار وهذه المرتبة هو التقعيد، والحكم المستنبط بهذا الاعتبار وهذه المرتبة هو القاعدة، ويسميه المالكية التحريج؛ انظر مثلاً: النهاية في غريب الحديث والأثر - الموافقات المجلد 2 - الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام - الأدلة الأصلية الأصولية م س

وقد احتج هؤلاء بخبر الموطأ، الذي أخرجه البخاري وابن ماجه وأبو داود، فقرؤوه على وجهين، وحملوه على دالتين:

- دلالة بالمنطوق على عدم ثبوت الحق في الشفعة للجار الذي كان شريكا.
- دلالة بالمفهوم الأحروي على عدم ثبوت الحق في الشفعة للجار الذي لم يكن شريكا أصلاً<sup>170</sup>.

### القراءة الثانية

ذهب الفقهاء البصريون إلى أن الشريك أحق الناس بالشفعة، ثم الجار ذي حق من الحقوق المتعلقة بالملك. واحتجوا بنفس دليل الجمهور، وبحديث عبد الملك، عند أحمد والترمذي وأبي داود وابن ماجه، ورأوا "أن قوله قضى رسول الله بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" لا يدل على حصر الشفعة في الشريك وحده، وإنما يؤكد أن الشريك أولى بها من غيره، فإن لم يوجد شريك تثبت للجار الذي يشارك جاره في حق من حقوق الملك كالطريق.

### القراءة الثالثة

يرى العراقيون أن أصحاب الشفعة ثلاثة مراتب

1- الشريك في الرقبة.

2- الشريك في حق من حقوق المبيع، والمراد به:

\* الشريك في الطريق الذي يوصل إلى العقار.

\* الشريك في الشرب الذي يسقى به العقار.

3- الجار الملاصق، سواء كانت الملاصقة من ثلاث جهات أو من جهتين أو من جهة واحدة فقط، أو كانت مسافة الملاصقة طويلة أو قصيرة. واحتجوا

<sup>170</sup> = المغني 5 ص 279



لرأيهم بعدة أحاديث رواها أصحاب السنن من عدة طرق كما احتجوا له بالقياس.

### ثانيا: الاختلاف حول موضوعها

في المشفوع مذهبان فقهيان بارزان، الأول يحصر الشفعة في العقار، والثاني يعممها في كل الأموال العقار والمنقول:

#### - المذهب الأول:

اتفق جمهور علماء المسلمين الرواد على ثبوت الشفعة في العقار، لكنهم اختلفوا اختلافا بينا في تحديد مفهوم العقار الذي تثبت فيه بين من يرى أنه العقار الذي يقبل القسمة، ومن يقول إنها لا تثبت إلا في العقار الذي لا يقبلها، وبين من يذهب إلى أنها تثبت في كلا العقارين.

#### الاتجاه الأول:

يرى مالك والشافعي، وأحمد في رواية، أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار المنقسم فقط، أما ما لا ينقسم مما تبطل بقسمته منفعته كالبئر ونحوه فلا شفعة فيه. ودليلهم على حصر الشفعة في العقار:

1- خبر جابر "لا شفعة إلا في ربع .." وخبر أبي هريرة "لا شفعة إلا في دار أو عقار".

2- تفاحش الضرر في العقار مما لا يوجد في غيره.

أما عدم ثبوت الشفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة فيحتجون له بما يلي:

1- إن الأحاديث تصرح بالشفعة فيما لم يقسم وتفيد أن الشفعة تكون فيما لم يقسم مما يمكن أن يقسم، لأنه لا يقال: إنها إنما تكون فيما لم يقسم إلا إذا كان العقار مما يقبل القسمة، بدليل "إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"، أي إذا قسم فعلا فلا شفعة فيه. ولو كانت الشفعة قد ثبتت حتى في العقار الذي لا يقبل القسمة لما صح أن يقال إذا قسم بالحدود فلا شفعة، لأن القاعدة "أن لا

تنتفي الصفة عن الشيء إلا إذا كان قابلاً لها؛ لذلك لا يقال مثلاً: إن هذا السيف لم يقسم بين الشركاء، لأنه لا يصح القول: إن هذا السيف قد قسم.

2- إن الشفعة شرعت لرفع ضرر القسمة.

3- إن العقار الذي لا يقبل القسمة كالبئر أو يقبلها ولكن بفساد يلحقه لا شفعة فيه<sup>171</sup>.

### - الاتجاه الثاني

يرى الحنفية أن الشفعة إنما تثبت في العقار فقط سواء كان يقبل القسمة أولاً، والمراد بالعقار عندهم ما له أصل ثابت مثل الدار. ويحتجون بكون الشفعة جاءت لرفع ضرر الشركة والجوار، وهو موجود في العقارين. قال الشيخ الخطابي: وهذا أولى لأن القصد بقوله الشفعة فيما لم يقسم ليس بيان ما تجب فيه الشفعة مما ينقسم أو لا ينقسم إنما هو "بيان سقوط الشفعة فيما قد قسم، فإذا كان معنى الشفعة إزالة الضرر فإن هذا المعنى قائم في البئر وفيما أشبهها، وإلى هذا ذهب أبو العباس بن سريح بقوله: "إذا كانت إزالة الضرر فيما يمكن إزالته واجبة، فبيما لا يمكن إزالته أولى"<sup>172</sup>.

### - الاتجاه الثالث

يرى المالكية ثبوت الشفعة في العقار وما يتعلق به مما هو ثابت لا ينقل كالبئر والغرس، إذ العقار إسم للأرض وما اتصل بها، لكن أحكامهم تختلف حسب ما يلي:

أولاً: العقار بالطبيعة

أ- العقار المنقسم:

يجمع فقهاء المذهب على ثبوت الشفعة فيه، ولا إشكال.

<sup>171</sup> = المغني م س

<sup>172</sup> = سنن أبي داود ص 789 - سنن النسائي - مجمع الأخر ص 441 - المدونة الكبرى 5 ص 244

- حاشية الدسوقي ص 476 - الفروع 3 ص 529 لبي عبد الله محمد بن صالح المقدسي ت 763 هـ -

## ب- العقار غير القابل للقسمة

يُميز فيه الملكية بين حالتين:

1- إذا كان تعذر قسمة العقار العينية راجعا لتعدد الملاك، فإن الملكية يجمعون على ثبوت الشفعة فيه.

2- إذا كان تعذر القسمة العينية راجعا لطبيعة العقار أو لما أعدله كالبئر، فإن عن مالك فيه روايتين، رواية في المدونة بأن لا شفعة فيه، وأخرى في العتبية بأنها فيه. وهذه الرواية الأخيرة يشاطره فيها ابن القاسم وابن الماحشون وأشهب وأصبع، وهي المشهورة وعليها دار عمل قرطبة. قال ابن عاصم:

ومثل بئر وكفحل النخل  
تدخل فيهما تبعا للأصل.  
ولابن القاسم فيه روايتان:

- في العتبية: لا شفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة بطبيعته أو بحسب الاستعمال.

- في المدونة: لا شفعة إلا في العقار الذي يمكن قسمته وإن كان لا يحكم بقسمته كالرحى<sup>173</sup>. قال ابن عاصم:

والفرن والحمام والرحى القضا بالشفعة فيهما قد مضى<sup>174</sup>.

<sup>173</sup> = التسولي ص 101-103 - بداية المجتهد ص 79 - حاشية الدسوقي ص 3 476

- الفروع ص 4 529 أي عبد الله محمد بن صالح المقدسي.

وقد ورد في نظم العمل المطلق ص 268

والأخذ بالشفعة في الحمام	وشبهه نسب للإمام
والعتقي رأى السقوط مذهبه	وبهما عمل أهل قرطبة
وعن زمانه حكى العقباي	بالأول العمل لا بالثاني
ونخل مرزوق حكى العكس على	ما صاحب المعيار عنهم نقلًا
ومثل ما سبق شفعة الكرا	فيها بقولين القضاء قد جرى

<sup>174</sup> = وقد جرى العمل بالشفعة في الحمام، وقضى منذر بن سعيد بما في الفرن وما أشبهه قياسًا، بالمغرب، كما جرى به في الأندلس - يقول التسولي - ويضيف: "إن الفقيه أحمد بن سعيد باع من ابن سليم حصة في حمام، وقضى له منذر بعد أن أجمع الفقهاء بأن لا شفعة له عليه على قول ابن القاسم،

وخلاصة القول: إن الملكية يسرون على ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة بطبيعته ولو كان لا يقبلها بحسب ما أعد له، ويرون أن العقار غير المنقسم بحسب طبيعته لا شفعة فيه.

### ج - الثمار

يرى مالك ثبوت الشفعة في الثمار كالباذنجان والقرع والزيتون والقطن والفول الأخضر وثمر العنب والتمر والرمان والليمون وورق التوت والقثاء والبطيخ، صيفية كانت أو حريفية، تذخر أو لا تذخر، والزرع والخضر، وما كان مغنيا في الأرض كالجزر واللفت<sup>175</sup>، ويفرق بين حالتين:

\* إذا بيعت الثمار بعد نضجها على أصولها أو منفصلة عنها فلا شفعة فيها.

\* إذا بيعت الثمار قبل نضجها ففيها فرضيتان:

1- إذا بيعت مع العقار فإن الحكم يختلف بحسب الآتي:

\* إذا كانت الثمار يوم البيع غير مثمرة ولا مؤبرة فللشريك فيها الشفعة

\* إذا كانت الثمار يوم البيع قد أزهرت ونضجت فإن فيها روايتين:

- رواية ابن القاسم: بأن للشريك الشفعة فيها، وهو المشهور في المذهب باعتبار الشفعة استحقاقا.

- رواية أشهب: بأن لا شفعة فيها له وإنما له شفعة العقار فقط، مستندا إلى الحديث "من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط".

2- إذا بيعت وحدها دون العقار، فقد روي عن مالك روايتان<sup>176</sup>:

- رواية ابن المواز عن ابن الماجشون: لا شفعة فيها.

---

رفع الشفيع أمره للأمير عبد الرحمان الناصر، وقال: نزلت بي مسألة، وأخذ فيها بغير قول مالك. فوقع عبد الرحمان الناصر بخط يده إلى قاضي قرطبة ليحمله على قول مالك. فجمع منذر الفقهاء، وقالوا:

مالك يرى الشفعة فيه: م س ص 100

<sup>175</sup>= المقدسي م س - بجمع الأخر ص 441

<sup>176</sup>= المدونة الكبرى 4 ص 244 - حاشية الدسوقي 3 ص 476-479

- رواية ابن القاسم وأشهب: الشفعة فيها.

وهذه الأخيرة هي رأي معظم أصحاب مالك والمشهورة عنه والمثبتة في المدونة والعتبية. وإثبات الشفعة في الثمار، من المسائل التي انفرد بها مالك الذي يقول: إنه لشيء ما علمت أنه قال في الثمرة أحد من أهل العلم قبلي: إن فيها الشفعة، ولكنه شيء استحسنته ورأيت، فأرى أن يعمل به<sup>177</sup>. ويرى أصحابها ثبوت الشفعة في كل أنواع الثمار صيفية كانت أو خريفية، سواء كانت تدخر كالتمر والزيتون أو لا تدخر كالرمان وجميع أنواع المقاتي؛ ولذلك قال ابن القاسم عن مالك: إن في ثمرة العنب والزيتون شفعة، وجرى العمل بوجوبها في المدخر وغيره. ونظرا إلى أن الثمار، إذا بيعت وحدها قبل بيعها وانفصالها عن أشجارها، يمكن اعتبارها عقارا لاتصالها بالعقار، كما يمكن اعتبارها منقولا بحسب مآلها، لأنها بيعت لتقطف وتنفصل عن أصولها، نجد الإمام مالك يقول مرة بأن الثمار التي تباع في أصولها تثبت فيها الشفعة تشبيها لها بالعقار لأنها تكون متصلة به، وأخرى بأن لا شفعة فيها، لأنها ليست بعقار، ولا يطول ضرر الشركة فيها.

وإعمالا للروايتين، وتحقيقا للغرض والغاية أو للعلة التي رأوا أن الشفعة شرعت من أجلها، عمل العلماء المغاربة على التفريق بين الشفعة في الثمار الصيفية والشفعة في الثمار الخريفية، فحكموا بها في النوع الأول دون الثاني كما يلي:

1- إذا كانت الثمار صيفية فلا شفعة فيها لأنه لا يطول زمان جذاذها وبالتالي ضررها.

2- إذا كانت الثمار خريفية تثبت فيها الشفعة لأن جذاذها وقطفها يطول. غير أن بعض الفقهاء المتأخرين منهم ألحقوا الثمار الصيفية بالثمار الخريفية، فقد أفتى الشيخ المهدي الوزاني بثبوت الشفعة في البرتقال بالرغم من أنه لا يدخر<sup>178</sup>.

<sup>177</sup> = المدونة الكبرى 4 ص 244

<sup>178</sup> = التسولي م س

## د - الزرع

يفرق الفقهاء المالكية بين حالتين:

1- إذا كان المالك على الشيعاء البائع أو المعاوض هو الذي زرع فلا شفعة إلا في الأرض دون الزرع، سواء كان أخضر أو يابساً أو لم ينبت بعد، على أن يحط ثمن ذلك الزرع من الثمن الإجمالي الذي تم به البيع.

2- إذا كان المشتري هو الذي زرع، ففي المسألة حكمان:

- إذا طالب الشفيع بالشفعة قبل أن ينبت الزرع فالشفعة في الأرض والزرع مع أداء قيمة الزرع مقوماً على الرجاء والخوف.

- إذا طالب الشفيع بالشفعة بعد أن نبت الزرع فإن الشفعة في الأرض وحدها، والزرع للمشتري تبعاً للقاعدة الفقهية المشهورة التي تقضي بأن الزرع إذا أبر لا يدخل مع الأرض عند بيعها<sup>179</sup>.

قال ابن عاصم:

وفي الثمار عقدها الإبار والزرع أن تدركه الأبصار.

### ثانياً: العقار بالتخصيص

المقصود به الأشياء التي يجعلها المالك لمصلحة أرضه أو منزله واستغلاله سواء كانت عقاراً أو كانت أو منقولاً.

### أ - بالنسبة للعقار

ميز الفقهاء المالكة، خاصة المغاربة، في ما يتعلق بأحكام الشفعة في العقار بين حالتين:

1- إذا كان العقار المخدوم ما يزال مشتركاً:

في هذه الحالة تثبت الشفعة في العقار الخادم أو التابع والمتبوع سواء باع أحد الملاك نصيبه من العقار المخدوم وحده أو باعه مع نصيبه من العقار التابع.

<sup>179</sup> = الزرقاني على خليل 6 ص 179 - المهدي الوزاني على التحفة 3 ص 472 - الرهوني 6 ص 71

## 2- إذا كان العقار المتبوع قد قسم وبقي العقار التابع مشتركا:

يمكن تصور هذه الحالة فيما إذا كانت الأرض التي توجد فيها البئر أو العين قد قسمت وبقيت البئر أو العين مشتركة، ثم باع أحد الشركاء نصيبه، فقد روي عن مالك روايتان، رواية المدونة لا ترى فيه الشفعة، ورواية العتبية تراها فيه. وبعبارة أخرى ووضح، إذا بيع العقار التابع مع أصله ففيه الشفعة، أو وحده إذا بيع ولم يقسم متبوعه، فإن قسم العقار المتبوع فالذي به العمل والقضاء فيه<sup>180</sup>.

### ب- بالنسبة للمنفول

هو الأشياء المنقولة التي تخصص لخدمة العقار، وتشمل الحيوانات المخصصة للزراعة وآلات الحث والحصاد والجرارات والبذور، وحمام الأبراج، وخلايا النحل وأسماك البرك والآلات الضرورية لاستغلال المنازل والمعامل والمصانع<sup>181</sup>. وقد حكم الفقهاء المالكية بالشفعة في هذا النوع من الأشياء أو الأموال في حالتين:

1- إذا بيعت الأشياء المنقولة مع العقار.

2- إذا بيعت الأشياء المنقولة وحدها والعقار المتبوع ما يزال مشتركا بين المشترين ولما يقسم بعد.

وهم في الحقيقة لم يقولوا بالشفعة في هذه الأموال اعتمادا على طبيعتها، وإنما لاعتبارها متصلة بالعقار وخادمة له ولا تنفصل عنه، وإذا فقدت هذا الاعتبار فلا شفعة فيها، كما إذا بيعت وحدها والعقار المتبوع مقسوم في المذهب "إذ لا شفعة في المنقول"<sup>182</sup>، وهذا المنع هو الحكم المشهور فيه<sup>183</sup>.

-حاشية الدسوقي م س ص 482

<sup>180</sup>= ميارة م س

-الدكتور إدريس العلوي العبدلوي م س

<sup>181</sup>= الدكتور محمد بن معجوز م س

<sup>182</sup>= حاشية الدسوقي م س ص 482

<sup>183</sup>= الدسوقي م س ص 481

### ثالثاً: الحقوق الملازمة للعقار

هذه الحقوق تسمى في الاصطلاح القانوني بالعقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه، أو الحقوق العينية التي تقع على الأشياء العقارية، وهي مثلاً<sup>184</sup>:

#### أ- الكراء

وهو إما عادي وإما طويل الأمد:

#### 1- الكراء العادي:

انقسم الفقهاء المالكية في حكم الشفعة في الكراء العادي أو المحدد المدة إلى فريقين:

- الأول: لا يرى فيه الشفعة، وهو مذهب المدونة، والمعتمد في المذهب، وبه قال ابن القاسم والمغيرة وابن الماجشون<sup>185</sup> على أساس أن الضرر المشروعة الشفعة لرفعه قليل في الكراء عنه في الملك<sup>186</sup>.

- الثاني: يرى فيه الشفعة بشرط أن يشفع ليسكن بنفسه، قاله اللخمي وأشهب ومطرف وأصبع، وابن القاسم في رواية، وجرى به العمل في الأندلس والمغرب، وهو المشهور<sup>187</sup>، وما جرى به عمل الحنفية والشافعية والحنبلية<sup>188</sup>.  
و"يشمل ما إذا كان الشركاء يملكون الرقبة فأكرى أحدهما نصيبه أو يملكون المنفعة فقط فأكرى أحدهما حصته أيضاً أو أحدهما يملك الرقبة والآخر المنفعة"<sup>189</sup>.

نستنتج أن من المالكية من يأخذون بمبدأ شفعة مالك الرقبة ما يبيعه مالك الحق العيني والعكس.

<sup>184</sup> = الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي م س ص 34

<sup>185</sup> = الزرقاني على خليل 6 ص 71 - التسولي 2 ص 111 - الخطاب 5 ص 311

<sup>186</sup> = راجع الخطاب 5 ص 312 - المغني م س ص 287 - 288

<sup>187</sup> = التسولي 2 ص 112 - الكافي 201 - حاشية الدسوقي 3 ص 475 - ميارة 2 ص 55

<sup>188</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م س ص 140

<sup>189</sup> = التسولي 2 ص 109



## 2- الكراء الطويل<sup>190</sup>

ويسمى عند المالكية بالجلسة والجزاء والزينة واصطلح عليه المشرع المغربي بالحقوق الإسلامية. وهذا النوع من الكراء لا يستند في أحكامه إلى قول من أقوال مالك ولا تلاميذه المباشرين، وإنما هو اجتهاد مغربي محض، يمكن تلخيص الآراء فيه في اثنين:

- 1- يرى الشيخ التاودي بأن لا شفعة فيه، لعدم تحقق شرط السكن فيه.
- 2- يرى العلامة الشيخ التسولي "بأنه يجب أن يثبت حق الشفعة للشريك في الجلسة والجزاء"، يؤيده في رأيه هذا الشيخ المهدي الوزاني، ويضيف إلى هذين الحقيقتين حق الزينة.

والمراد بالجلسة أن يكرى العقار -مثل الدكان والمقهى والفندق- لمن يستغله، ويتفق الطرفان على أن الكراء يستمر لمدة عشرين سنة أو لمدة غير محدودة. ويسمى هذا الكراء بالخلو عند المصريين.

أما الجزاء، أو ما يسمى بالحكر، فهو أن تكون الأرض الخالية لمن يبني فيها. ويحتاج هذا الاتجاه بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء، فإذا باع الشريك نصيبه في هذه الأرض أو يفرسها، ويتفق الطرفان على أن المكتري يبقى فيها دائما، ولا يطالب بإفراغها، ويلتزم بأداء كراء المثل كلما تغيرت الظروف.

وأما الزينة فهي البناء الذي يقيمه المكري في الأرض التي ملك فيها حق الجزاء. وتطلق على ما يجهز به الدكان من الرفوف والخزائن وغيرها مما يتوقف عليه في تسييره واستغلاله، كما يطلق على الحق في استعمال ذلك الدكان لغرض معين.

ويحتاج لوجوب الشفعة في هذه الحقوق بأن الشفعة شرعت لرفع الضرر عن الشركاء، وكلما باع شريك نصيبه في حق منها أو أكراه، وجب أن يعطى لشريكه الحق في الشفعة لرفع ذلك الضرر<sup>191</sup>.

<sup>190</sup> = يطلق عليه الفقهاء المغاربة المالكيون الكراء المؤبد: راجع التسولي 2 ص 109

<sup>191</sup> = أبو الحسن التسولي 2 ص 110 - نوازل العلمي م س - الوئشربسي 8 ص 109

## ب- الرهن

الرهن لغة هو حبس الشيء لأي سبب؛ يقول الله تعالى "كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ" أي محبوسة، وشرعا هو حق عيني تبعية ينشأ لشخص في حبس مال متقوم مملوك لشخص آخر مدين له بدين معين حتى يستطيع صاحب الحق استيفاء حقه، ويسمى الدائن المرهّن والمدين بالراهن والشيء المحبوس مرهونا.

وحق الرهن مشروع بقول الله عز وجل "إِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ"<sup>192</sup>، وبسنة الرسول الأمين ﷺ "إذ اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه". ويذهب المالكية إلى "أن للشريك في العقار المرهون أن يشفع الحصة المرهونة على ما جرى به العمل من الشفعة في الكراء، فيحوز العقار لينتفع به عوضا عن المرهّن شريطة أن يؤدي له قيمة تلك المنفعة على حسب ما يراه أهل الخبرة الذين يعهد إليهم تقدير قيمة منفعة المرهون خلال الأجل"<sup>193</sup>.

ويكيف صاحب البهجة الرهن قائلا: "وأما الرهن فإن البائع إذا باع السلعة بعشرة مثلا إلى أجل أعطاه المشتري نصف دار في دينه، وأباح له الانتفاع إلى

<sup>192</sup> = البقرة: 283. تجدر الملاحظة إلى أن التقييد بالسفر وعدم وجود من يكتب الدين ليس لصحة العقد، وإنما هو لبيان ما جرت به العادة من أن أخذ الرهن يكون غالبا في مثل هذه الأحوال لعدم التمكن من الاستيثاق بغيره حينئذ، وإلا فهو صحيح في السفر والحضر ومع كتابة الدين وعدم كتابته. وقد أجمع أئمة المسلمين وفقهاؤهم على الأخذ بالرهن دون اعتراض عليه. ويعطي حق الرهن صاحبه الدائن المرهّن حق الأولوية أو الأفضلية على سائر الدائنين في استيفاء حقه عند حلول أجل الدين، كما يعطيه حق تتبع العقار المرهون تحت أي يد، والتنفيذ عليه، بحيث لو باعه المدين للغير، ولم يسدد الدين فإن للدائن التنفيذ على العقار وهو تحت يد المشتري، ويستوفي حقه من ثماره. وإن ثار خلاف بين الفقهاء المسلمين حول حق حيازة الشيء المرهون، وحسبه أثناء مدة الرهن، وهل يستلزم حق الرهن إعطاء الدائن المرهّن حق حبس الشيء المرهون، أو تكون الحيازة للمدين الراهن المالك، فإن التشريعات الوضعية قد حسمت هذا الخلاف، فقسمت الرهن إلى نوعين: أولهما رهن رسمي عقاري، لا يشترط حبس الدائن المرهون، بل يظل تحت يد المدين المالك، وثانيهما رهن حيازي، ويكون في المنقولات، تنتقل فيه حيازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرهّن.

<sup>193</sup> = أبو الحسن التسولي 2 ص 220 - الدكتور بن معجوز ص 237 - المعيار 8 ص 109 - المغني م س

الأجل، فقد باع السلعة بشئين العشرة المؤجلة ومنفعة النصف المرهون، فبعض السلعة في مقابل العشرة بيع، وبعضها في مقابل المنفعة كراء، فعلى أن الشفعة كراء يكون للشريك الراهن الشفعة بقيمة المنفعة فيقال: ما يساوي كراء النصف منحل للأجل المسمى، فإذا قيل: عشرة فيشفع بها بشرط أن يسكن بنفسه". ويجري العمل بفاس على شفعة منفعة الرهن.

### المذهب الثاني

يرى فقهاء مكة والظاهرية وأحمد وعطاء ورواية عن مالك أن الشفعة في كل شيء عقارا كان أو منقولاً من أرض وشجر وسيف أو طعام أو حيوان، سواء كان ذلك الشيء مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها. قيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين قال: هذا كله أوكد لأن خليطه الشريك أحق به بالثمن. وقد احتج أصحاب هذا المذهب بما يلي:

1- بحديث أبي سلمة "قضى الرسول ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة" الشامل حكمه المنقول والعقار.

2- بحديث ابن عباس "قضى رسول الله ص بالشفعة في كل شيء".

ويعد هذا المذهب أكثر عدلاً وموافقة للحديث الشريف "الشفعة في كل شيء" الذي ظاهره ثبوت الشفعة في كل مال مقوم عقارا كان أو منقولاً، ولفظه يدل على عموم الحكم الذي سيق من أجله الكلام دلالة واضحة، إذ يشكل نصاً في التماثل بين الأشخاص في صفة الشفيع، ونفيه بين الأموال المشتركة والمفرزة في وجوب الشفعة، وهذا هو المعنى المقصود من سياقه. وهو أجدر أن يكون مصدراً لأحكام الشفعة من غيره، إذ لو كان كذلك لأعتبر كثير مما قيل وكتب بصدد نظرية الشفعة غير ذي موضوع.

صحيح أن وجوب الشفعة في العقار مؤسس ومؤطر بكل النصوص الشرعية الواردة في الشفعة، لدفع الضرر الكثير عن الشركاء، كما يرى جمهور العلماء المسلمين، لكنه ليس وحده الذي يحصل فيه ذلك الضرر، بل "إن من المنقول ما

يتضاعف فيه أضعافاً مضاعفة<sup>194</sup> ما يجعله ولفس العلة وبنفس القاييس داخل مجال خطاب قاعدة الشفعة القانونية، ولا مبرر شرعي ولا قانوني يخرجها منه إلا أن يكون مصدره تحكم العقل ليس إلا<sup>195</sup>.

<sup>194</sup> = الونشريسي 8 ص 109 -الدكتور محمد بن معجوز ص 237

<sup>195</sup> = قال الإمام الغزالي: العقل اسم يطلق بالاشتراك على أربعة معان: فالأول: الوصف الذي يفارق الإنسان به سائر البهائم وهو الذي استعد به لقبول العلوم النظرية وتدبير الصناعات الخفية الفكرية. والثاني: هي العلوم التي تخرج إلى الوجود في ذات الطفل المميز بجواز الجائزات واستحالة المستحيلات كالعلم بأن الإثنين أكثر من واحد وأن الشخص الواحد لا يكون في مكانين في وقت واحد. والثالث: علوم تستفاد من التجارب بمجاري الأحوال والرابع: أن تنتهي قوة تلك الغريزة إلى أن يعرف عواقب الأمور ويقمع الشهوة الداعية إلى اللذة العاجلة ويقهرها، فإذا حصلت هذه القوة سمي صاحبها عاقلاً. إحياء علوم الدين أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى 505هـ 1 ص 79 و 80 دار القلم بيروت

## الفرع الثاني المصدر القانوني

يتناول في هذا الفرع تبيان وتحديد الأصل أو النبع الذي استق منه مضمون أحكام الشفعة، أو بالأحرى، الإجابة عن التساؤل عما ما إذا كان القانون المغربي قد استمد كيانه الموضوعي من المذهب المالكي أو منه ومن غيره، بحيث اقتصر دور المشرع على تسجيل قواعده في شكل تشريع، أم أنه مجرد أحكام أملاها السلطان مولاي يوسف بن الحسن بن محمد بن عبد الرحمن استعمالا لسلطانه، أو استجابة لدوافع معينة، أو لصيرورة حتمية وديناميكية تاريخية.

الواقع أننا لن نستطيع الإجابة عن هذا التساؤل، ولا فهم دوافع وغاية المشرع حينما أصدر القوانين الوضعية ابتداء من 13 غشت 1913، وفي مدة وجيزة<sup>196</sup>،

<sup>196</sup> = le 25 Mai 1912 ; Lyautey reçoit de Renault, véritable père du protectorat, les

Dossiers que celui-ci avait inscrits pour permettre une mise en œuvre rapide des réformes juridiques indispensables pour mettre le Maroc sur la voie de la paix intérieure et du développement. Sur les ordres de Lyautey la préparation des réformes judiciaires va aller très vite... «Dès le 19 Mars 1913, les avant-projets de codes sont prêts...» « pour être discutés et approuvés avant d'être présentés au sultan ». -voir : Dossiers ou archives berbères P 25

-M puviant Le code des obligations et contrats -école des hautes études de Rabat GMT 1922 N68

-R Le Tourneau Evolution politique de l'Afrique du Nord musulmane Paris Armand Rolin 1961 178

-Norman Daniel les Expéditions de Moulay Hassan Essai statique Hespéris-Tamuda 1980-1981 vol XIX Pp123-152

-Daniel Rivet Institution du protectorat au Maroc

مدونة مبوبة، مختصرة متسلسلة ومقننة، إذا لم نضعها في سياقها التاريخي الطويل، وارتفع بها عن مستوى الظرفية والحديثية.

فلما كانت الرغبة في تقنين وتدوين الفقه وتنظيمه شعوراً قديماً كان ينتاب ويراود علماء المغرب قبل أن يستتب الأمر للمذهب المالكي فيه<sup>197</sup>، ولما انتشر المذهب المالكي على يد الفقهاء المالكية الرواد<sup>198</sup>، ولما تعددت الأحكام واختلفت<sup>199</sup>، ولما دون الفقهاء الأحكام في مختصرات وموجزات<sup>200</sup>،

<sup>197</sup> = راجع: ترتيب المدارك وتقريب المسالك 3 ص 114 للقاضي عياض تحقيق محمد بن تاويت لبنان.

<sup>198</sup> = انتشر المذهب المالكي في المغرب على يد الفقهاء الذين اتصلوا بالإمام مالك مباشرة منذ دراس بن اسماعيل المكنى، أبا ميمونة، وهو أول من أدخل المذهب المالكي إلى المغرب، والغازي بن قيس -ت- 189هـ- الذي كان يستظهر الموطأ، وزيايد بن عبد الرحمان شبطون -ت- 204هـ الذي رحل إلى المشرق وأتى بموطأ منقح من طرف مالك، ويحيى الليثي -ت- 212هـ - الذي اعتبرت روايته للموطأ أكثر حجة من سائر الروايات، ويعتبر سنده عند المحدثين من أصح الأسانيد. وقد سمعه من الإمام مالك مباشرة. راجع في الموضوع شجرة النور الزكية 97 ص 230

<sup>199</sup> = قرر الفقهاء المالكية ترتيباً اصطلاحياً في العمل بها. وعليه يفتى:

- 1- يقول مالك في الموطأ فإن لم يوجد في قوله في المدونة.
- 2- يقول ابن القاسم في المدونة فإن لم يوجد في قوله في غيرها.
- 3- يقول غير ابن القاسم في المدونة فيقول ابن القاسم في غيرها.
- 4- بأقوال أصحاب المذهب على ما بينهم من تفاوت في الرواية والترتيب.
- 5- إذا تعددت الأقوال فالحكم بما يجري به العمل.

<sup>200</sup> = تبوأ أرجوزة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام الصدارة، وعليها وعلى شروحها لمبارة والتاودي والتسولي وغيرها كتبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام لابن فرحون -ت- 799هـ- ولامية الرقاق والعمل الفاسي لعبد الرحمان بن عبد السلام الفاسي -ت- 1096هـ- والعمل المطلق ل محمد بن القاسم الفيلاي السجلماسي المتوفى 1214هـ- والأعراف المحلية يجري القضاء في الحواضر، وفي مسائل ومجالات ضيقة في البوادي، خاصة منها الجبلية الوعرة. وقد امتدت هذه الفترة طوال ما يسمى بالعصر الوسيط ثم العصر الحديث إلى فجر الحماية.

- راجع: مجلة تاريخ المغرب العدد الثالث يونيو 1983.

ولما كان جمع الفقه وتدوينه لتقريب الأحكام وتوحيدها والتيسير على المسلمين ضرورة دينية وعملا سياسيا،

ولما أدركت النخبة المغربية أهمية تدوين الفقه، وإحكام الأحكام في مدونات موجزة، غير المدونات الفقهية المالكية التقليدية المعروفة، يسهل الرجوع إليها بسرعة ويسر، وتطبيقها في القضاء والفتوى بكل اطمئنان، وأصبح لزاما أن يصوغ صياغة جديدة، تلائم ظروف وحاجات ومتطلبات المغرب المستقبلية وتقنيه تقنيا، وتدخل بهدوء ضد الأعراف القديمة المتأصلة في ذاكرة القبائل بفرض وإلزامية القواعد القانونية، إن على مستوى القواعد الجوهرية أو على مستوى قواعد الشكل، وخضوع جميع أطراف البلاد والمواطنين لقواعد ومساطر موحدة، ونظام مقنن تسوده المساواة، وتضمحل فيه بوادر الخلاف، ويزداد فيه نفوذ الدولة على الأرض والسكان<sup>201</sup>،

وحيث عرف المغرب، ومن بداية سنة 1905، ميلاد أول مجلس للأعيان، يمثل بعض المدن والقبائل، قام بدور مهم في مناقشة مشروع القوانين المزمع إحداثها<sup>202</sup> وسعت الدولة والنخبة إلى تغيير الأفكار الراكدة والذهنية التقليدية

<sup>201</sup> les Archives berbères 1915-1916. Page 83: "A l'Azerf des Tribus et qsours berbères du Haut Guir =

l'attachement des berbères à cette institution est remarquable chez un grand nombre de leurs tribus, et elle constitue la seule loi connue, la seule règle observée" page 84 " Il est un fait certain que la chariâ musulmane n'a pas complètement supplanté la vieille loi des Berbères, il est de même facile de constater dans une rapide conquête que cette loi a eu quelque sorte réagi contre la loi coranique en inlerançant l' Arf dans l'usage et depuis longtemps est admis par les juris-consuls maghrébins et quelquefois en se confondant avec lui

-Jl Miège, le Maroc et l'Europe Paris 1962 T II Pp 382-384

-C Penz, les captifs français au Maroc 1944

-H Koehler les captifs chérifiens à MEKNES Hespéris 1928 T II P 178

-J H D Hay le Maroc et ses tribus nomades 1844, p 15

<sup>202</sup> وبالرغم من أن التيار التقليدي الرفض لكل تحديث أو تغيير بنيوي، الذي يمثل غالبية العلماء لم يقتنع

بأهمية اتباع المناهج الأوروبية، ويرى الحل في هدم جميع الجسور مع الغرب الإمبريالي، ولم يقدم أي بديل، عمدت الدولة إلى إيفاد البعثات التعليمية إلى أوروبا، وخاصة في عهد مولاي الحسن الأول 1873 -1894، للنهل من علوم الأوربيين في أساليب الحكم والقضاء، رغبة في إسناد الإصلاحات

التنظيمية إلى الاختصاصيين المغاربة بعيدا عن أي تدخل خارجي.

الجامدة باختراق الطابوهات بشكل معقلن لتثبيت قواعد الدولة المغربية الحديثة<sup>203</sup>،

فقد طلع المشرع المغربي بمدوناته الجديدة شبه القديمة، في شكل ظهائر شريفة قانونية تستجيب لمتطلبات الحاضر، وتمهد للمستقبل على وجه يتلاءم مع التراث المستمد من ماضي الشعب.

لكن، وإن ورد النص على أحكام الشفعة في ظهير الالتزامات والعقود الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 الموافق ليوم 12 غشت 1913 في الفصول 974 و975 و976 الخاصة بالأموال المنقولة والعقار محفظا كان أو غيره، ثم جاء بعده ظهير 19 رمضان 1333 الموافق ليوم 2 يونيو 1915 لينخصص العقار المحفظ بأحكام خاصة بالفصول من 25 إلى 33 منه، ورغم انطباق قانون الالتزامات والعقود على كل مال مشاع فإن القضاء ما يزال عمله جاريا على أعمال القواعد الفقهية المالكية في العقار الذي لما يحفظ بعدو رغما عن إرادة المشرع في التحديث والتطوير.

<sup>203</sup> = وقام جهاز المخزن ببناء الأسس الاجتماعية للبورجوازية المغربية عن طريق الوظيفة العمومية على حساب العلماء والزوايا: راجع مجلة الأبحاث ص 80 والمراجع التالية:  
 -البيان المطرب في أخبار الأندلس و المغرب ص1 65 لأحمد بن محمد بن عذاري المراكشي -ت 712  
 -الوحدة المذهبية ص12-13 للدكتور عباس الجراري الدار البيضاء 1976  
 -الاستقصا في الأخبار دول المغرب الأقصى ص1 1136 لابن العباس أحمد بن خالد الناصري دار الكتاب الدار البيضاء. -الإصلاح والمجتمع المغربي خلال القرن التاسع عشر  
 - المسالك والممالك ص 118 للبكري نشر دوسلان الجزائر 1857  
 - الندوة حول الإمام مالك: منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة محمد الخامس الرباط  
 - مفهوم التاريخ ص209 للدكتور عبد الله العروي المركز الثقافي العربي ط 1 سنة 1992 حيث يقول: "الفقه هو طرق تطبيق قواعد الشرع على واقعة ما" مع أن هذا تعريف لعلم الفقه، لا تعريف للفقه.



## المبحث الأول

### مضمون أحكام الشفعة

القانون المغربي، وإن كان مقتبسا في تنسيقه من القوانين الأوروبية، وخاصة منها الفرنسية، نابع من أحكام الشريعة الإسلامية، ويتضمن مواضيع أهملتها المدونة الفرنسية أو لم تعرفها، مثل حالة الشيع أو شبه الشركة<sup>204</sup>، وأنظمة لا تعرفها أوروبا هي من صميم الشرع كما هو الحال في الشفعة.

ومرجع أحكام المشرع في الشفعة، عموما، أحكام الفقه المالكي اقتبس منه ما قننه وأحال إلى قواعده فيما لم يرد في تقنينه<sup>205</sup>.

وبالرغم من أن الفصول الثلاثة المنظمة للشفعة في ظهير الالتزامات والعقود قد وضعت في الأصل لتطبق على كل ملك مشاع، فإن القضاء ما يزال يخضع العقار غير المحفظ لقواعد الفقه المالكي حتى بعد صدور قانون توحيد المحاكم وتعريب القضاء، ولم تطبق عليه تلك الفصول<sup>206</sup> وإن أصبحت واجبة التطبيق في جميع محاكم المغرب.

ويبرر الاجتهاد القضائي المغربي هذا الموقف بكون أحكام الشفعة في القانون مقتضبة وغير كافية لفض كل النزاعات التي تنشأ عن ممارسة حق الشفعة وتختلف فيما بينها وبين ما جرى به العمل من أحكام المذهب.

<sup>204</sup> = الدكتور محمد شعبي المدكوري المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ص 34 العدد 7 السنة 1984  
<sup>205</sup> = يقرر القضاء المغربي أن قواعد الفقه المالكي المتعلقة بالشفعة هي التي دوها المشرع المغربي في الفصول 25 وما بعده من ظهير 2 يونيو 1915. انظر مثلا القرار الصادر عن المجلس الأعلى عدد 26 ص 73 وما بعدها. ويقول واضعو الفصل 974 أنهم استقوه من لامية الرقاق وعمليات السجلماسي وشرح التحفة للتاودي بن سوادة وتحفة ابن عاصم.

<sup>206</sup> = انظر مثلا القرارات الصادرة في التواريخ التالية :

- قرار 26 أكتوبر 1983. بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 33-34 ص 52 وما بعدها.

## المطلب الأول: أحكام قانون الالتزامات المخالفة لأحكام المذهب المالكي

الفقه المغربي عموماً متفق على أن:

- 1- قانون الالتزامات والعقود يثبت الشفعة في كل مال مشاع سواء كان عقاراً أو منقولاً بينما جرى العمل في المذهب بشبوتها في العقار وما يتصل به فقط.
- 2- قانون الالتزامات والعقود لا يثبت -ظاهرياً- الشفعة للمالك على الشيعاء إلا عندما تنتقل الحصة المشفوعة بعوض إلى شخص أجنبي غير شريك. والفقه المالكي يثبتها له سواء انتقلت إلى أجنبي أو شريك.
- 3- يحدد قانون الالتزامات أجل الشفعة في سنة، في جميع الأحوال، ولا يعطي المشتري إمكانية المطالبة قضائياً الشركاء بالأخذ أو الترك، كما هو الحال في القواعد الفقهية صراحة، ولكنه لا يمنعه. وتجدد الإشارة هنا إلى أن فقهاء المذهب المالكي يذهبون إلى أن لمشتري حصة من الملك على الشيعاء أن يطلب من القضاء أمر الشفيع بممارسة حقه في الشفعة فوراً وإلا حكم بسقوطه.
- 4- يفهم من ظهير الالتزامات والعقود أنه يجب على الشفيع أن يؤدي للمشفوع منه الثمن والمصاريف داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ طلبه للشفعة، ما يحمل على الاعتقاد أن قانون الالتزامات والعقود يخالف للقاعدة الفقهية المالكية القاضية بأن الشفيع لا يؤدي العوض إلا بعد أمر المحكمة به.

## المطلب الثاني: أحكام القانون العقاري المخالفة لأحكام المذهب المالكي

- 1- القانون العقاري لم يثبت الشفعة إلا بالبيع في حين أنها تنشأ بكل المعاوضات في المذهب المالكي.
- 2- يكفي المشتري في القانون العقاري أن يوجه إلى الشركاء إنذاراً ليعجلهم فيه استعمال حقهم في الشفعة في أجل ثلاثة أيام تحت طائلة سقوطه، بينما يستلزم الفقه المالكي توجيه دعوى قضائية لحمل الشركاء على الإعراب عن موقفهم.

3- جعل التشريع العقاري أجل ممارسة حق الشفعة شهرين للشريك الحاضر في مجلس العقد وسنة لمن لم يحضره، بينما العمل يجري في قواعد المذهب على أجل السنة في كل الأحوال.

4- ينص القانون العقاري على أن أجل الشفعة يبتدئ من يوم تسجيل الشراء في السجل العقاري سواء علم الشريك بالبيع أو لم يعلم، بينما يسير الفقه المالكي على ابتدائه من يوم العلم بالعقد.

5- يوجب التشريع العقاري لممارسة حق الشفعة إعلان الرغبة في ذلك، وأداء الثمن داخل الأجل، في حين لا تلزم قواعد الفقه المالكي إلا برفع الدعوى داخل الأجل، ولا يدفع الثمن إلا بعد أن تأمره المحكمة به.

6- القانون العقاري يعطي للمشتري الذي سجل شراؤه الحق في الشفعة ضد من سجل شراؤه بعد ذلك، حتى ولو كان هذا المشفوع منه قد اشترى حصته قبل ذلك الشفيع، في حين أن الفقه المالكي يسير على أن المشتري الأول هو الذي يستحق الشفعة ضد من اشترى بعده. وهذا ما يجب تطبيقه في ظل قانون الالتزامات والعقود.

الواقع أن أحكام الشفعة في التشريع المغربي، وإن اختلفت بين الظهيرين المذكورين، مستمدة كلها من أحكام المذهب المالكي، ولا تخرج عنه -ظاهريا- إلى غيره من المذاهب الأخرى، إلا ما كان من أعراف مغربية مؤصلة فيه، أو ما تقتضيه طبيعة التحفيظ العقاري من قواعد ومساطر، هي من صميم وصلب الإصلاحات المغربية، وأدوات جديدة لسلطان دولة القانون؛ أي أن أحكام المذهب المالكي وبعض الأعراف مصدر مادي وتاريخي للقانون المدني المغربي، لا يجوز للقضاء الرجوع إليها إلا من أجل التفسير إذا لم يف الظهيران بالحكم. ولا غرو في ذلك ما دامت الظهائر الملزمة للمذهب المالكي متعددة ومتوالية في التاريخ

المغربي، يلغي بعضها بعضان أو يعدله بحسب ما يطرأ على البلاد من تطور  
وتقدم<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup>= على هذا الأساس لا يعقل، ولا يمكن أن نؤيد كل من يذهب إلى أن القانون المدني المغربي مستخلص كله أو حله من القانون الفرنسي، فهذا القانون، وإن كان مدينا للقوانين الغربية بنوع من الترتيب والتنظيم وفق ما تتطلبه المدونات المعاصرة، ذلك التنظيم الذي ليس هو أيضاً، أجدر مما ورد في الكتب الفقهية الإسلامية السابقة لقوانين أوروبا التي نقل منها الأوروبيون، كما لا يعقل أن نرد كل فصل من فصوله إلى تلك القوانين لمجرد عدم العثور على عباراته بالحرف في الكتب الفقهية التقليدية.

## المبحث الثاني تطبيق أحكام الشفعة

انقسم الفقه والقضاء المغربيان حول شمول قانون الالتزامات والعقود العقار المحفظ فيما لم يرد حكمه في ظهير<sup>2</sup> يونه 1915، لكنه يكاد يجمع على أن العقار كان وما يزال إلا المحفظ منه يخضع لقواعد الفقه المالكي، ولا يطبق عليه قانون الالتزامات والعقود، بناء على مبررات تاريخية وقانونية. غير أن هذه المبررات والوقائع، وإن كانتا واقعتين وصحيحتين إلى حد ما، لا تسيران ولا توافقان رغبة المشرع القديمة ونيته الجازمة وفلسفته الواضحة في الحدائة والتجديد:

### المطلب الأول: المبررات التاريخية

اعتبار الفقه المالكي شعارا للمغربة، وإطارا للمعاملات، ولمختلف المسائل والقضايا الاجتماعية والدينية، شعور وسلوك قديم تعود المغاربة، وتشكلت على قواعده أسس تفكيرهم، وحولها دار علمهم، يخضعون لحكمه لا لغيره، ولو تعلق الأمر بتنازع قواعده مع قواعد وأحكام اتفاقية دولية.

وبالرغم من أن فهم "المشرع" ووعيه بالمناخ والظروف المضطربة المحيطة "بالإصلاح القضائي" والبيئة المراد تطبيقه فيها<sup>208</sup>، قد دفعه إلى الحرص التام على

<sup>208</sup> = تدرج قضايا الإصلاح، أفكارا وحركات ووقائع في سياق الاحتكاك الذي وقع في القرن التاسع عشر بين بلدان العالم الإسلامي وبين أوروبا، بين عالم بورجوازي غاز، وبين عالم ما انفكت الشقة تزداد بينه وبين المغرب منذ بداية العصور الحديثة في مختلف مظاهر الحياة، ففي حين حققت خلال ثلاثة قرون أوروبا ثورات مادية وفكرية، بقيت معظم المجتمعات خارج القارة الأوروبية تعيش على اقتصاد عتيق، ومؤسسات تقليدية توالى عليها عهود اللمعان وفترات الأفول، وتقلبت في تعاملها مع الآخرين بين الانطواء والافتح، تحرص على انسجام نظرها إلى العالم، وتمنص تناقضاتها الداخلية ما بقيت بعيدة عن التفاوت في عناصرها البنوية. راجع الندوة حول الإصلاح والمجتمع المغربي في القرن التاسع عشر 13

تكييف تنفيذ سياسته الإصلاحية مع البنية الاجتماعية، فإنه وبمجرد صدور الظهائر القانونية، عبر الاتجاه الفقهي المناهض لكل إصلاح عن مواقفه الجامدة، وظل مخلصا لمبادئه، سواء قبل توحيد وتعريب القضاء أو بعده.

ويحتاج أنصار هذا التيار بالحجج الآتية:

1- إن الحكومات المغربية المتعاقبة قد حافظت على وضعية العقار من الناحية القانونية بحيث لم يعرف في هذا المجال سوى مبدأ إقليمية القوانين، وإن التزاعات المتعلقة بهذه العقارات تخضع لقواعد الفقه، المالكى وقد تضمنت اتفاقية مدريد لسنة 1880 هذا المبدأ وكرره عقد الجزيرة الخضراء 1906 والاتفاق المشهور المنعقد بين فرنسا وإسبانيا المبرم في 27 نونبر 1911 الخاص بإدارة منطقة المغرب الشمالية وعقد الحماية المبرم في 30 مارس 1912.<sup>209</sup>

2- إن العقارات غير المحفظة ظلت خاضعة للفقه المالكى حتى ولو دار النزاع بين الأجانب، وانعقد الاختصاص للمحاكم الفرنسية، وهو مبدأ اتفق القضاء على اعتباره من صميم النظام العام المغربي.<sup>210</sup>

3- إن الفصل 17 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب الصادر في 12 غشت 1913 ينص على أن تخضع الأموال الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب أصولا كانت أم منقولات لتشريع المنطقة المذكورة .

4- إن المحاكم الشرعية تعتبر استمرارا للقضاء الشرعي، وتنظر في قضايا العقار غير المحفظ والعقار في طور التحفيظ، سواء كان أطراف الدعوى جميعهم مغاربة أو أحدهم فقط، وتطبق قواعد الفقه الإسلامى، سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو فيما يخص الموضوع.

<sup>209</sup> = الدكتور محمد الكشور بالجملة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ص 47 العدد 7 السنة 1984

<sup>210</sup> = الدكتور محمد الكشور م س

5- إن المجلس الأعلى المؤسس بواسطة الظهير الشريف الصادر في 27 شتنبر 1957 قد وقف من توه أمام كل محاولة لتطبيق قانون الالتزامات والعقود من طرف القضاء العادي.<sup>211</sup>

6- إن القضاء، في قضايا العقار غير المحفظ، قد درج على استيقاء أحكامه من مختصر خليل وشرح الزرقاني له وتحفة ابن عاصم وشرح التسولي لها، سواء في عهد فرنسة القضاء أوتعريبه، في حين درج في العقار المحفظ على تكملة القانون العقاري بقانون الالتزامات والعقود، ولا يرجع إلى قواعد الفقه الإسلامي إلا عند انعدام الحكم فيه.<sup>212</sup>

الواقع أن موقف القضاء، وإن كان سليما بالنسبة للعقار المحفظ، فإن اجتهاده في العقار الذي لما يحفظ لا يسعفه المنطق القانوني من حيث تراتب القواعد القانونية، ومن حيث الخضوع لروح التطور ورغبة المشرع، ويخرق القانون بإعراضه عن تطبيق نص قانوني لم يبلغ العمل به، وبإستناده إلى قانون لم يعهد إليه في تطبيقه بنص قانوني.

### المطلب الثاني: المبررات القانونية

يجمع الفقه والقضاء المغربيان المعاصران على اعتبار الفصل 3 من قانون توحيد القضاء الصادر الأمر بتنفيذه في 26 يناير 1965 سندا ومبررا لاستمرار القضاء بالحكم بما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، وخاصة في العقار الذي لما يحفظ، ليترتب عليه إقصاء أحكام قانون الالتزامات والعقود، وجعل خطاب الفصول 974-975-976 منه لا يشمل العقار غير المحفظ. وقد ورد في هذا الفصل أن: "النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل

<sup>211</sup> = الدكتور محمد الكشور م س

<sup>212</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 404

الأول، وصدر في 31-12-1965 مرسوم ملكي يبين المقصود من القوانين المدنية والجنائية.

وإذا كان غالبية الاجتهاد الفقهي والقضائي ما يزال ينتظر صدور نص تشريعي، يبين بوضوح المقصود من عبارة النصوص الشرعية، ويجدد بدقة مجالات تطبيق كل من النصوص المدنية والنصوص الفقهية، حتى لا يقع أي تداخل بينهما، وخاصة في العقار غير المحفظ، حيث يجد الفقه أهم تطبيقاته، فإن البعض الآخر يفهم منه "أنه إذا كانت المحاكم قد توحدت ولم تعد هناك محاكم عادية ولا محاكم عصرية، فإن القانون لم يتوحد بعد، وإنما يبقى العمل جاريا أمام هذه المحاكم الجديدة بالقوانين التي كانت تطبق أمام المحاكم المختلفة كل في ميدانه، بحيث يبقى قانون الالتزامات والعقود الذي كان يطبق أمام المحاكم العصرية على القضايا المدنية مطبقا أمام المحاكم العادية في نفس الميدان، وكذلك الشأن في الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، وبما أن الفقه الإسلامي كان يطبق أمام القضاء الشرعي في النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، كما كان يطبق أمام المحاكم العصرية فيما يتعلق بالعقار الذي في طور التحفيظ والعقار غير المحفظ عندما يكون الأطراف جميعا من الأجانب، فيبقى مطبقا أمام المحاكم العادية في نفس الميدان"، ويستنتج، ويقرر "أن أحكام الشفعة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود، بما أنه لا يمكن تطبيقها على العقار غير المحفظ، لأنه يخضع للفقه الإسلامي، ولا على العقار المحفظ لأنه يخضع للظهير الخاص به، فإنه لم يبق مجال لتطبيقه إلا على الشفعة في المنقول"<sup>213</sup>.

وقد حكمت المحكمة الابتدائية في قضية تتعلق بشفعة عقار غير محفظ طبقا لما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي، فاستأنف المحكوم عليه الحكم، وبنى استئنافه على أن المحكمة الابتدائية لم تطبق الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود مع أن

<sup>213</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م س



قانون التوحيد المؤرخ في 26 يناير 1965 قد قرر تطبيق جميع النصوص المدنية أمام المحاكم الموحدة، وأنه كان يجب على المحكمة أن تشير إلى النص الذي يستثني هذا النوع من العقار، فردت المحكمة الطلب، وأجابت بأنه قد تبين لها أن الاستئناف غير مؤسس، وأن الدفع بوجوب تطبيق مقتضيات الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود، فهو دفع غير جدي، "إذ من المعلوم أن المطبق في القضايا العقارية غير المحفوظة هو الفقه المالكي" طبقاً لظهير 22 رمضان 1384 موافق 1965 الفصل الثالث الذي جاء فيه إن النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنايئة الجاري بها العمل حالياً تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول السابق<sup>214</sup>.

لكن عبارة "النصوص الشرعية" الواردة في الفصل الثالث المذكور، المتخذة أساساً لاعتبار الفقه المالكي مصدراً لأحكام الشفعة في العقار غير المحفوظ لا تساعف هذا التأسيس، فمعناها واضح لا يقبل أي تأويل، والمقصود منها بذاتها، نصوص مدونة الأحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم من العبرانيين، إذ لا يعقل، بل لا يتصور، أن يقصد بها المشرع أحكام الفقه المالكي للفرق بين الشرع ومجرد قواعد وأحكام الفقه.

وبكل بساطة، إن قصد المشرع من الفصل المذكور الأمر باستمرار العمل بقانون الأحوال الشخصية والقوانين المدنية والجنايئة، تبيانا للقوانين السارية، وإشارة إلى ما تم إلغاؤه. وكل فهم غير هذا يعتبر مبرراً إيديولوجياً للعودة على الأعتاب قسراً، رغم بيان إرادة المشرع وهدفه، وصفاء قصده ونيته. ولا يعقل، بل لا يقبل، أن تؤل فلسفة المشرع لمجرد تحكم تيار تقليدي متجاوز.

ولعله من الحكمة القول بأن الكلام الكثير حول الأحكام التي يجب تطبيقها على العقار الذي لما يحفظ، والتنازع بين أحكام الفقه المالكي وأحكام قانون

<sup>214</sup> = الدكتور محمد بن معجوز - الدكتور محمد الكشور

الالتزامات والعقود فيه، ما كان ليسفر عن كل الآراء والأقوال والجهود المبذولة، لنبقى بعد تسعة عقود من تقنين القوانين نحكم بقول هذا الفقيه أو ذاك، أو أحد قوليهما، لو استوعب غاية المشرع وإصراره القديم على هذه القوانين القاضي الفقيه، وأدرك أن دولة القانون المعاصرة قد حلت محل دولة الأعراف والتقاليد والعادات وما جرى به العمل التقليدية.

إن دلالة الفصل المذكور واضحة لا تصلح للتأويل:

- لفظة "الشرعية" ليست الفقه المالكي خصوصا والإسلامي عموما.
- لفظة القوانين لا تعني ولا تفيد القواعد الفقهية.
- منطوقها الأمر باستمرار العمل بالقوانين الجاري بها العمل على حالها حتى تراجع.

- ومفهومها إنهاء العمل بقواعد الفقه المالكي إلا ما أحال عليه نص قانوني. ومن هنا يبقى أعمال القضاء أحكام الفقه المالكي في شفعة العقار غير المحفظ والعقار في طور التحفيظ بدون سند قانوني، ومجرد تحكم، إن كان له ما يبرره ذات يوم، فلم يعد لما يبقى عليه شأن منذ صدور قانون توحيد وتعريب المحاكم<sup>215</sup>.

<sup>215</sup> = إن التوحيد الحقيقي يبني على توحيد التشريع والاختصاص واللغة والأطر... وستظل جهودنا مبذولة وتستهدف تحقيق العدالة وإقامتها على قواعد متينة رامية إلى توحيد جميع أنواع التشريع وتطبيقه في محاكم واحدة؛ من خطاب العرش لسنة 1963: راجع مجلة القضاء والقانون السنة السادسة 1963 العدد 55 - 56 ص 203. وقد كانت رغبة النخبة المغربية في تطبيق القانون، وحده دون غيره، حدية وقديمة:

Lorsque Moulay hafid acquiesça à l'accord franco allemand de 1912 le 9 novembre, il aurait déclaré: Lorsque le représentant de votre gouvernement se rendra auprès de notre Majesté pour nous soumettre les réformes qui s'imposent, il trouvera chez notre Majesté un appui tel : Revue marocaine de droit et d'économie du développement n 7 p 24 - 1984 université hassan II. casablanca

ولعل الصواب في ما ذهب إليه المحكمة العليا الشريفة التي تأسست بعيد انفساخ عقد الحماية " إذ حاولت غرفتها للنقض والإبرام جر المحاكم العادية المغربية آنذاك إلى تطبيق قانون الالتزامات والعقود فنصت في قرارها الذي ظل منفردا في تاريخ القضاء بالمغرب"<sup>216</sup> بأن قانون الالتزامات والعقود قابل للتطبيق أمام المحاكم العادية<sup>217</sup>، وفي ما يقضي به القضاء من إخضاع العقار المحفظ فيما لم يرد له حكم في القانون العقاري إلى قانون الالتزامات والعقود، وإلى الفقه الإسلامي عند الإحالة عليه، أو إذا انعدم الحكم في القانون المدني<sup>218</sup>.

وحرى بالقضاء المغربي أن يسلك في ترتيب مصادر أحكامه في الشفاعة في العقار الذي لما يحفظ نفس ترتيبه لها في العقار المحفظ، ويستقر على المبادئ العامة في النظرية العامة للإلتزامات.

<sup>216</sup> = الدكتور محمد الكيشور م س ص 56

<sup>217</sup> = قرار بمجلة القضاء والقانون العدد 3 و4 نونبر ودجنبر 1957 -المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية

عدد 7 ص 65

<sup>218</sup> = قرار 15 دجنبر 1976 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 - 39

- قرار 8 أكتوبر 1978 أورد الدكتور محمد الكيشور ص 58

## الفصل الثاني

### طبيعة الشفعة

إن معرفة طبيعة الشفعة مسألة جوهرية، تتطلب دراسة كنه الشفعة وخصائصها والأسس التي بنيت عليها، وتسهل عملية تقدم علمها كمعرفة من المعارف، وعلم من معالم الإسلام.

ولعل الفقه لم يختلف في مسألة من مسائله المختلفة اختلافه حول طبيعة الشفعة. لقد تعددت أوصافهم لها وتنوعت، حتى أنها لا تساعد الباحث بقدر ما تجعله حائراً أو مشوشاً، وتعطيه فهماً انطباعياً بخروج الشفعة عن القواعد العامة في عالم المعاملات، فهي "بمجرد رخصة"<sup>219</sup> تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري"<sup>220</sup>، "لا يمكن وصفها بكونها شخصية أو عينية"<sup>221</sup>، كأنها سبب من أسباب كسب الملكية<sup>222</sup>، أو "شراء"<sup>223</sup>، أو "استحقاق"<sup>224</sup>، أو "ليست

<sup>219</sup> = الحقوق العينية الأصلية ص 97 للدكتور محمد علي عمران طبعة 1979

<sup>220</sup> = المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ص 81 لأحمد أبي الفتح الطبعة 2

<sup>221</sup> = نظام الملكية ص 413 للدكتور مصطفى الجمال - الحقوق العينية الأصلية ص 387 للدكتور جمال

الدين زكي 1978

<sup>222</sup> = الوسيط ص 9 للدكتور السنهوري طبعة دار النهضة العربية 1968

<sup>223</sup> = حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ص 6 ص 254 الأميرية مصر - حاشية المعداني على ميارة على

التحفة م 2 ص 50

<sup>224</sup> = شرح الزرقاني على مختصر خليل ص 5 ص 169 دار الفكر بيروت 1978

بحق أصلاً<sup>225</sup> أو هي "حق ذو طبيعة خاصة"<sup>226</sup>، أو حق وكفى؛ فانتهدت بهم فكرة تحديد وتكييف الشفعة إلى عدم تحديدها، بل إلى وصفها بأوصاف غير دقيقة لا تسهم في كشف أوليات تركيب نظريتها.

عندما نستقرئ مختلف آراء العلماء والمفسرين والدراسيين، وبالرغم من أنها تستهدف كلها الصدق، نجد أن فهمهم لمصطلح الشفعة يتنوع، وأن وصفهم له يختلف قليلاً أو كثيراً، مما يضع العلاقة التطابقية بين حقيقة الشفعة وموضوعها موضع سؤال، ويفترض على الأقل، أن الدلالة المتداولة لها غير دقيقة، بل وربما خاطئة يجب تجاوزها أو إخضاعها، في أحسن الأحوال، لتحليل نقدي لإعطائها مفهوماً دقيقاً ومنسجماً، يميزها من غيرها، ويكشف الحجاب عن مضمونها فتجولو حقيقتها.

<sup>225</sup> = حق الملكية ص 383 للدكتور عبد المنعم البدر اوي طبعة الأميرية مصر

<sup>226</sup> = مصادر الحق للدكتور السنهوري 1 ص 9 - 13 دار النهضة العربية

## الفرع الأول حقيقة الشفعة

الحقيقة، فعيلة، من حق الشيء إذا ثبت، أي حقيق، والتاء فيه للنقل من الوصفية إلى الإسمية<sup>227</sup>. وإذا كان الحقيقي، سواء كان شيئا حقيقيا أو حكما حقيقيا، هو ما يطابق الحقيقة ويتفق معها، فإن حقيقة الشفعة يجب أن تدل على هذا التطابق والتوافق من وجهين، بين العبارة وما تدل عليه من جهة، وبين ما تدل عليه العبارة والشرع، من جهة أخرى؛ فتظهر خصائصها ومميزاتها، وتتضح معالم نظريتها.

وبالرغم مما يسود مفهوم الشفعة، الفقهي خاصة، من التشويش والغموض، وما يلفه من حيرة، لا بد من عرض بعض آراء الباحثين في الموضوع، وتحليلها تحليلا يجلو ما بينها من تطابق واختلاف، تمهيدا لتحديد وتكييف قد يكون أكثر توضيحا لطابع الشفعة وحقيقة الشفعة، وبحث ذلك في مبحثين، الأول في التكييف الفقهي لطبيعة الشفعة والثاني في تكييفها القانوني.

<sup>227</sup> = لسان العرب مادة حق

## المبحث الأول التكليف الفقهي

اختلفت آراء الفقهاء التقليديين والقانونيين في تكليف الشفعة اختلافا كبيرا، ومرد اختلافهم فيه إلى اختلاف زوايا نظرهم إلى جوهر الشفعة ذاتيا وموضوعيا:

### المطلب الأول: الأوصاف الذاتية

وجدت في وصف ذات الشفعة في التراث الفقهي في مختلف مذاهبه المعتمدة علميا وتطبيقيا ثلاثة أوصاف:

#### أولا: الشفعة أخذ

قال الشيخ خليل: الشفعة أخذ شريك حصة شريكه<sup>228</sup>. والمقصود أن الشفعة هي أخذ الشفيع الفعلي للحصة المشفوعة من يد المشتري وإخراجها من ذمته المالية، وإدخالها في ذمته، وضمها ضما، وتملكها تملكاً.

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الاعتبار، وأخذ عليه كونه "يفيد أن الشفعة هي أن يأخذ الشريك النصيب المشفوع بالفعل، وهي حقيقتها ليست كذلك، لأنها معروضة له ولنقيضه، وهو تركها، والمعرض لشيئين متناقضين ليس عين أحدهما، وإلا اجتمع نقيضان"<sup>229</sup>.

ورد عليه البعض الآخر بأن الشريك الذي يتخلى شريكه عن نصيبه في العقار لشخص آخر يكون له الحق في أن يأخذ ذلك النصيب أو لا يأخذه، فإذا أخذه من يد من انتقل إليه فإنه يكون قد استعمل حق الشفعة، وإن تركه بيد ذلك الشخص فإنه لا يكون قد استعمل حق الشفعة، أي لم يأخذ بها، وهذا يعني أن

<sup>228</sup> = أخذ الشيء أخذا وتأخذا ومأخذا حازه وحصله: راجع المعجم الوسيط

<sup>229</sup> = الزرقاني على خليل 6 ص 169 - المعداني على ميارة 2 ص 43

الشفعة هي الأخذ بالفعل. والدليل على ذلك هو أن الشريك الذي يترك النصيب بيد من انتقل إليه لا يسمى تركه هذا شفعة، وإنما يسمى تركا لها، أي أنه لم يستعمل حقه في الشفعة الذي هو أخذ النصيب من يد من انتقل إليه<sup>230</sup>.

### ثانياً: الشفعة استحقاق

يذهب جانب من الفقه إلى أن الشفعة إنما 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 يسمى بالشفعة، وليس الأخذ نفسه. ويقصد بالاستحقاق "ثبوت صفة أو حالة أو مركز استحق بها الأخذ"، أي، كونه بحيث يجب له ذلك<sup>231</sup>. بمعنى "صيرورة الشريك مستحقاً للأخذ وأهلاً له، أو أنه صفة حكيمة توجب له صحة الأخذ، فالسين والتاء للصيرورة أو أهما للطلب"<sup>232</sup>.

ويفسر جانب آخر ذلك بأنه "لا مانع يمنع من أن تكون الشفعة هي الأخذ بالفعل لأن هذا أمر اصطلاحي والذي عليه كلام الناس أن الشفعة تطلق في الاصطلاح باعتبارين، فقولهم هذا له الأخذ بالشفعة وفلان أخذ بشفعته يدلان عليه، أي له الأخذ بسبب استحقاقه للأخذ"<sup>233</sup>، أي في الكلام مجاز بالحذف، أو أنه من إطلاق إسم المسبب على السبب، وإطلاق الأخذ على استحقاقه<sup>234</sup>.

### ثالثاً: الشفعة رغبة ومشية

يذهب جانب آخر من الفقه<sup>235</sup> إلى أن الشفعة مجرد رغبة وإرادة ومشية لصيقة بشخص الشفيع.

<sup>230</sup>= الزرقاني م س

<sup>231</sup>= المعداني علي مباراة م س -عليش على الدسوقي على الدردير على خليل 3 ص 473

<sup>232</sup>= الزرقاني م س

<sup>233</sup>= الشيخ عليش م س -التسولي 2 ص 92

<sup>234</sup>= الدسوقي م س 3 ص 473 -المعداني م س

<sup>235</sup>= راجع الشرح الكبير م س



ولما كانت الشفعة تقوم على اعتبارات شخصية بحتة تترك لمحض إرادته وتقديره، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فقد وصفت بالأوصاف الآتية:

- 1- إن الشفعة لا تنتقل بالحوالة من الشفيع إلى الغير.
  - 2- إن الشفعة تسقط بإرادة الشفيع قبل وبعد قيام سببها.
  - 3- إن الشفعة لا تنتقل بالمراث إذا مات الشفيع قبل استعمال حقه فيها.
  - 4- إن دائني الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة، إذ لا يستطيعون استعمال ما لمدينهم من رخص نيابة عنه.
- ويلاحظ أن هذا التكليف يخلط بين وجوب الشفعة وبين ممارستها، فالشفعة توجد ولو دون تدخل من الشريك، ولكن ممارستها ووضعها موضع التنفيذ لا يكون إلا عن طريق إرادة الشريك. وهو يشوبه الغموض، إذ تنشأ الشفعة للصبى غير المميز والمجنون، وهما عديما الأهلية.
- وجوهر الخلاف يعود في حقيقته إلى وقت ثبوت الشفعة للشفيع، فمن نظر إليه من تاريخ البيع رأى أنها استحقاق أو مشيئة أو مركز. ومن نظر إليها من تاريخ طلبها أو الحكم بها قال إنها أخذ. ولا شك في أن هذا التذبذب قد كان العامل الأساس في تنوع وتناقض آراء العلماء حول منظومة أحكام الشفعة.

### المطلب الثاني: الأوصاف الموضوعية

يذهب جمهور العلماء المسلمين إلى أن الشفعة لا ترد إلا على العقار، على أساس أن "لا شفعة إلا في ربع أو حائط، ولذلك كان لا بد لممارستها أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به، أي الحصة، عقارا. غير أن أحكامهم المستنبطة تختلف باختلاف منظورهم إلى العقار:

- يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن العقار هو كل ما له أصل ثابت لا يكن نقله وتحويله. ومؤدى هذا الرأي أن وصف العقار لا يثبت إلا للأرض، وبالتالي لا شفعة إلا فيه، أما غير الأرض من الأشياء فمنقولات حتى المباني والأشجار، إذ

المباني والأشجار يمكن نقلها أو تحويلها، وإن أدى ذلك إلى تغيير في صورتها، ولا شفعة فيها.

- يرى الإمام مالك أن العقار هو كل شيء له أصل ثابت ومستقر، لا يمكن نقله، أو تحويله، من مكان إلى مكان آخر، مع بقاء هيئته وشكله. وتعتبر المباني والأشجار والمزروعات عقارات في نظره إلى جانب الأرض، وتثبت فيها الشفعة<sup>236</sup>. وتكاد القوانين العربية تجمع على أن محل أو موضوع الشفعة لا يمكن أن يكون إلا عقارا أو حقوقا عينية عقارية.

- يذهب ابن حزم<sup>237</sup> ورواية عن مالك إلى أن موضوع الشفعة كما يكون عقارا يكون منقولا. وهذا الاتجاه منبني على قول الرسول ﷺ "الشفعة في كل شيء" وهو الذي اعتمده المشرع المغربي في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>236</sup>= المدونة الكبرى م س

<sup>237</sup>= المحلى م س - المغني م س

## المبحث الثاني التكييف القانوني

ثار خلاف كبير وحاد بين الفقهاء حول التكييف القانوني للشفعة، يمكن حصره رغم تنوعه في اتجاهين إثنين:

### المطلب الأول: الاتجاه المادي

يمكن جمع آراء هذا الاتجاه فيما يلي:

#### أولاً: الشفعة مركز قانوني

يذهب جانب من الفقه القانوني المعاصر<sup>238</sup> إلى أن الشفعة واقعة مركبة اقترنت فيها واقعة الصلة المادية القائمة من جهة بين المشفوع فيه والمشفوع به، وبينهما وبين بيع المشفوع فيه بتصرف الشفيع القانوني المعبر عن إرادته في الأخذ بالشفعة من جهة أخرى، وبعد أن غلب الوقائع المادية على التصرف القانوني في معادلته المركبة في تحديد طبيعة الشفعة فاعتبرها سببا من أسباب كسب الملكية مثل الالتصاق والاستيلاء والميراث والوصية والحيازة والعقد، عاد إلى القول بأنها إرادة ومشئئة مغلبا التصرف القانوني على الوقائع المادية، ويرى "أن الشفعة تبدأ بأن تكون مركزا قانونيا تنهياً أسبابه، لا يتولد عنه مجرد رخصة في التملك، بل يتولد عنه حق الشفيع في أن يملك"، ويبين "أن ما بين الرخصة والحق مترلة وسطي أعلى من الرخصة وأدنى من الحق، فحق التملك وحق الملك، الأول رخصة، والثاني حق، وما بينهما مترلة وسطي، هي حق الشفيع في أن

<sup>238</sup> = الوسيط في شرح القانون المدني 9 ص 448 للدكتور عبد الرزاق السنهوري دار النهضة القاهرة

يتملك"<sup>239</sup>. ولعله يقصد ما يسميه البعض بالحق المنشئ "Droit formateur" ويعرفه بأنه مكانة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثرا قانونيا. بمحض إرادته، ويمثل له بحق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة<sup>240</sup>، وهو عين ما يقطع به العلامة القرافي حين يقابل في عبارات صريحة ما بينها وبين الرخصة، فيقول عن صاحب الرخصة "من ملك أن يملك"، وعن صاحب المتزلة الوسطى "من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك"، و"إذا باع شريكه تحقق له سبب يقتضي المطالبة بتملك الشقص المبيع بالشفعة"<sup>241</sup>. وقال: "إن جماعة من مشايخ المذهب قالوا بأن من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا، قولان...، وليس الأمر كذلك، بل هذه باطلة، وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك دارا، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا لأن قبل شرائها، ومن جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك، هل يعطى حكم من يملك. قد يختلف في هذا الأصل في بعض الفروع ولذلك مسائل قال في الرابعة: "إذا باع شريك تحقق له سبب يقتضي المطالبة بأن يتملك الشقص المبيع بالشفعة، ولا أرى خلافا في أنه غير مالك".

#### ثانيا: الشفعة شراء جديد

يعتبر جانب من الفقه الأخذ بالشفعة فسخا في حق البائع والمشتري، وشراء جديدا في حق الشفيع<sup>242</sup>، مستندا إلى أن البائع يتقدم بإيجابين: صريح موجه إلى المشتري، وضمني إلى الشريك الذي إذا أبدى رغبته في ممارسة حق الشفعة كان ذلك بمثابة قبوله له، يترتب عليه فسخ البيع المنعقد بين البائع والمشتري لينعقد

<sup>239</sup> = الدكتور جمال الدين زكي م س ص 449 - الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية ص 9

مصطفى مجدي هرجة

<sup>240</sup> = راجع الدكتور ادريس العلوي العبدلاوي ص 320

<sup>241</sup> = الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي م س

<sup>242</sup> = يرى الشيخ ابن الحاجب المالكي "أن الشفعة بيع". ويقول الدكتور بن معجوز "إنها شراء وعمل

تجاري": م س ص 195. راجع: الشيخ المعداني علي ميارة ص 50 - المعيار المغرب ص 8 383

- إيضاح الفوائد إلى قواعد مذهب الإمام مالك

شراء جديد بين الشفيع والمشتري المشفوع منه، ومتى استعمل الشريك حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والملمزم بالشفعة<sup>243</sup>. بمعنى أن الشفيع يشتري من المشتري، وتنشأ بينهما مفاعيل البيع نفسه<sup>244</sup>.

ويكفي لبيان عدم رجاحة وصحة هذا الرأي الإشارة إلى أن ممارسة حق الشفعة يدور مع عقد البيع وجودا وعدما، وليس البيع نفسه أو شراء جديدا، إلا أن نسمي المسبب بالسبب، ونضرب بأصول اللغة العربية عرض الحائط، مع أن هناك فروقا جوهرية بين النظامين. ولذلك يقول المجلس الأعلى مقرا أن الشفعة "لا تعتبر شراء وليست بيعا لأن البيع اختياري بالنسبة للطرفين، بينما الشفعة، وإن كانت اختيارية بالنسبة للشفيع حيث يجوز له العدول عنها بمحض إرادته، فهي إجبارية بالنسبة للمشفوع منه"<sup>245</sup>.

### ثالثا: الشفعة نوع من الحلول

يذهب جانب من الفقه إلى أن الشفعة نوع من الحلول القانوني يشترط المشرع شروطا خاصة لقيامه، وحدد مدة معينة لممارسته، إذا احترمها الشفيع وتوفرت الشروط المطلوبة حل محل المشتري بقوة القانون في ملكية المبيع، دون فسخ أو تعديل لعقد البيع المبرم بين البائع والمشتري المشفوع منه.

ومن هنا تبقى الشفعة نفسها هي ذلك الحق في الحلول محل المشتري<sup>246</sup>. وهذا الاتجاه، وإن كان يبدو منطقيًا من الناحية النظرية، على الأقل، اعتمادا على

<sup>243</sup>= تنص المادة 505 من القانون المدني الألماني الصادر بتاريخ 18 غشت 1896 والجاري العمل به بفتح يناير 1900 أن "استعمال حق الشفعة يحصل بإعلان الملمزم بهذا الحق ولا يخضع الإعلان لإجراءات المقررة لعقد البيع، ومتى استعمل حق الشفعة انعقد البيع بين الشفيع والملمزم بالشفعة ووفقا للشروط المتفق عليها بين الملمزم بالشفعة والغير"

<sup>244</sup>= المادة 53 من القانون اللبناني "يعتبر الشفيع مشتريا من المشتري، ويكون للشفعة بينهما مفاعيل البيع.

<sup>245</sup>= قرار المجلس الأعلى عدد 187 من 17-2-1978. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 117

<sup>246</sup>= الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقوانين العربية 1 ص 203 جامعة الدول العربية 1964: تقابلها المادة 103 من مجلة الحقوق العينية التونسية، وتنص المادة 1511 من القانون الأسباني أن

المعنى اللفظي والحمولة الاجتماعية لكلمة الحلول، محل نقد، على أساس وجود فروق شاسعة بين نظريتي الحلول والشفعة<sup>247</sup>.

والحق أن النقد الجدي الماتزم الذي يكاد يصرع هذه النظرية، هو أنه لو سلمنا بأن الشفعة، بالفعل، نوع من الحلول لأمكن القول بدون تردد أن الشفيع قد حل محل المشتري، وتنتقل إليه ملكية الشيء المشفوع في نفس الوقت والحين الذي انتقلت، قانونياً، فيه إلى المشتري، وهو ما لا تقره ولا تعرفه لا القواعد الفقهية ولا القواعد القانونية.

### المطلب الثاني: الاتجاه الحقوقي

حقيقة الشفعة فيه حق<sup>248</sup>، غير أن الطبيعة القانونية لهذا الحق تبقى

---

"حق الاسترداد القانوني هو الحق في الحلول محل من انتقل اليه شيء بالشراء أو بواسطة الوفاء العيني مع خضوعه لكل الشروط الواردة في العقد".

<sup>247</sup>= إن كان الحال إليه محل مكان الخيل في الحقوق والالتزامات، فإن الشفيع لا يلتزم بالأعمال المادية والقانونية غير المعلومة.

<sup>248</sup>= لفظ الحق من الألفاظ الكثيرة التداول لخصوبته وغنى دلالاته وتنوعها، ولمواكبته حياة الإنسان والمجتمع، وارتباط تطور مدلوله بتطور الحضارة الإنسانية. ويظهر ذلك في التمثل الاجتماعي، حيث يتداول بمعنى الحقيقة والصواب، وبمعنى سلطة أو قوة مجردة ومتعالية عن الأفراد تفرض وجودها عليهم، وتحدد ما يجب أن يكون في مقابل ما يفرض بالقوة. ويقترب هذا المعنى من ذلك الذي يتخذه اللفظ في الحال العقائدي، حيث يعبر إما عن ذات الله سبحانه وتعالى، وإما عن إحدى صفات هذه الذات، باعتبار ما تمثله من حق وعدل. ومن البين أن ما يهيمن على هذه التداولات ربطها الحق باليقين، وبما يجب أن يكون، إما لصدقه وإما لاستقامته. وهذا المعنى هو الأساس العام في المعاجم الفرنسية التي ترجع لفظ Droit إلى الأصل اللاتيني Directum الذي يعني ما هو مستقيم ولا اعوجاج فيه، مثل ما هو متداول في الهندسة. ومن ثم فهو يعبر عما هو مطابق لقاعدة محددة. وهو في كل الحالات يقابل ما هو مؤسس ومشروع، في مقابل ما هو واقع. ومن هنا تفرعت دلالة اللفظ في اتجاهين:

- اتجاه منطقي يمثل فيه الحق الاستدلال السليم والصحيح.
- اتجاه يتعلق بالممارسة العملية ويتخذ فيه دلالة أخلاقية أو قانونية فيتحدد باعتباره ما لا يجيد عن قاعدة أخلاقية، يعني ما هو مشروع وقانوني في مقابل ما هو فعلي وواقعي. ويمثل الحق بهذا المعنى بالنسبة للفرد القدرة على فعل الشيء والاستمتاع به والاستفادة منه.

مشوشة عند من انتصروا له فوصفت بأوصاف<sup>249</sup>:

### أولاً: حق الشفعة حق عيني أصلي

يرى جانب من الفقه<sup>250</sup> أن حق الشفعة حق عيني أصلي وأهم حجهم:

- 1- إن الشفعة تخول الشفيع حق تملك العقار.
- 2- إن للشفيع استعمال حق التبعية. فإذا باع المشتري العقار وتوالت البيوع، يجوز له مطالبة المشتري الجديد، ولو كان حق الشفعة شخصياً لما استطاع إلا مقاضاة المشتري الأول.
- 3- إن دعوى الشفعة مصدرها القانون، وليس الاتفاق، وسببها الشراكة في العقار، فهي إذن عينية عقارية<sup>251</sup>.

### ثانياً: حق الشفعة حق شخصي

يقول فريق آخر<sup>252</sup> إن حق الشفعة حق شخصي. ويرر ذلك بالقول:

- 1- إن الشفعة ليست حقاً عينياً، لأن الشفيع يمارس حقاً شخصياً لا تجوز حوالته.
- 2- إن الشفعة لم ترد مع الحقوق العينية.
- 3- إن الحق العيني لا يتولد للشفيع. بمجرد بيع حصة من الملك على الشيعاء، وإنما يتولد له بالطلب.
- 4- إن الملكية لا تكتسب بمقتضى حق الشفعة إلا بالتسليم الاختياري من المشفوع منه أو بحكم القاضي، فالدعوى إذن شخصية، وتعني حلول الشفيع محل المشتري في الحقوق.

<sup>249</sup>= من التشريعات التي اعتبرت الشفعة حقاً: القانون اللبناني م 238 والقانون العراقي م 1128 والقانون

الألماني م 504

<sup>250</sup>= راجع الدكتور السنهاوري الوسيط 9 ص 448

<sup>251</sup>= الوسيط م س

<sup>252</sup>= محمد كامل مرسي م س ص 35

ثالثاً: حق الشفعة حق شخصي عيني<sup>253</sup>.

يذهب رأي فقهي<sup>254</sup> إلى أن حق الشفعة حق شخصي وعيني، شخصي بالنسبة للشفيع، وعيني بالنسبة للعقار المشفوع.

اختلفت آراء الفقهاء كما يتضح في تعريف حق الشفعة. ويرجع سبب الاختلاف إلى اختلاف زوايا النظر إلى ما اعتبره كل رأي أساسياً وجوهرياً في هذا الحق، فمن نظر إليه من زاوية الشفيع تبين له أنه حق شخصي، ومن نظر إليه من زاوية محله أو موضوعه والغرض منه، أو من حيث المصلحة التي يخولها للشفيع فقد رأى أنه حق عيني، أما من نظر إليه من الزاويتين معا فقد حاول أن يوفق بين الاتجاهين معا. وعلى هذا الأساس يعتبر حق الشفعة وفقاً لمبادئ الاتجاه الشخصي "قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشريك، وفي الموضوعي "مصلحة مشروعة يحميها القانون" بدون اعتبار لدور الإرادة فيه، لأنه دور ثانوي يبدو في مجرد توجيه استعمال الحق، أما في الاتجاه الثالث فهو قدرة إرادية ومصلحة محمية.

وأصل هذا الاختلاف مجرد ظل للرد على الهجوم العنيف الذي عرفته فكرة الحق في بداية القرن العشرين من طرف فقهاء القانون الفرنسي، على اعتبار "أنها فكرة ميتا فيزيقية، ليست لا ملموسة ولا مشاهدة، وبالتالي يجب إنكارها"<sup>255</sup>.

<sup>253</sup> = الحق الشخصي رابطة بين دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاه مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أما الحق العيني فهو سلطة يمنحها القانون لشخص معين على شيء محدد تمكنه من اقتضاء المنفعة المطلوبة من هذا الشيء بصورة مباشرة.

ويعتبر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني من المسائل المطروحة في مجال الالتزامات، حتى أن بعض الفقيه الفرنسي الشهير **planiol** ذهب إلى أن لا فرق بين الحق الشخصي والحق العيني، ورأى أنهما شيان لا يختلفان، فالحق العيني كالحق الشخصي رابطة بين الشخص وحقه لأن الرابطة تكون بين شخصين، لكن، إذا كان الطرف الثاني في العلاقة القانونية شيئاً فلا يمكن القول بأن الرابطة تقوم بين الحق والشيء. وقال **saleilles** و **lambert** إن الحق الشخصي كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية.

<sup>254</sup> = انظر محمد كامل مرسي م س

<sup>255</sup> = أصول القانون للدكتور العلوي العبدلوي ص 2 ص 19 وما بعدها



وإذا كان موضوع التكييف القانوني للشفعة قد استأثر باهتمام من الفقهاء التقليديين والمعاصرين الذين اختلفوا فيما إذا كان حق الشفعة حقا شخصيا، أم حقا عينيا أم هو حق شخصي عيني، أم أن الشفعة ليست حقا البتة، فإن في ذلك دليلا على ما اتسمت به طبيعة هذا الحق من تداخل وتعقيد.

ولعل هذا التضارب يرجع من جهة إلى ما تتصف به الشفعة من طبيعة خاصة لا ينعم بها أي نظام غيرها، وهو من جهة برهان واضح على تسرب صدى الاتجاهات الفقهية الغربية المادية النظرية حول طبيعة الحق بصفة عامة إلى الفكر القانوني العربي.

وبالرجوع إلى الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 نجد أن المشرع قد كيف الشفعة حقا رغم استعماله مصطلح "الأخذ" أو الحق في الأخذ"، كثيرا، فتجاوز بذلك الجدل التقليدي في تحديد طبيعة الشفعة.

وحق الشفعة في الفصلين ينشأ لصاحبه بمجرد البيع أو المعارضة، لكنه حق غير مستقر ولا يثبت له إلا بالطلب ودفع البدل. فإذا دفع الشفيع للمشفوع منه ما أداه للبائع أو للمعاوض يضم الحصة ضما، فتدخل في ملكيته، وكأن الشفعة في ضمير المشرع استحقاق وأخذ، إذ كون حق الشفعة غير مستقر وقابلا للسقوط هو كونه استحقاقا، أما صيرورته ثابتا فهو أخذ بالفعل وضم.

وعلى كل حال، فحق الشفعة ليس حقا عينيا مجرد أن الحقوق العينية واردة في التشريع على سبيل الحصر، لا يمكن الزيادة فيها أو النقصان منها لأنها من النظام العام.

وكما كان المشرع صريحا في تكييفه الشفعة حقا للشريك يمنح له سلطة على جميع أجزاء المال الشائع، "فالشريك شفيع والشفعة في كل شيء"، وواضحا أيضا في إضمار اعتبارها تقنية تحقق أغراضا اجتماعية واقتصادية، فإنه إجرائي في بيان

الوسائل والطرق والإجراءات اللازمة لتحقيق المصلحة والغاية التي من أجلها شرع تلك التقنية.

وحق الشفعة، بوصفه ذي طبيعة مزدوجة، لا يعتد بالفردية المطلقة للشفيع، ولا يهضم حقوق غيره من المالكين، يعتبر انعكاسا طبيعيا لصفة الشريك باعتباره مالكا في إطار جماعي لا في إطار فردي منعزل، ويجمع بين الفردية والاجتماعية؛ فإذا كان المشرع قد أعطى المالك الحق في التصرف في الشيء في حدود حصته، فإنه قد أعطى الشريك الآخر نفس الحق، بحيث لا يستطيع أي شريك أن ينفرد بالقيام بالأعمال التي تقتضي الاستئثار بالشيء الشائع أو بجزء معين منه، حتى لو كان الجزء الذي يستقل به الشريك معادلا لحصته الشائعة، فكل حق فردي مشوب بحق الغير، والمحافظة على حق الغير فردا كان أو جماعة حق الله جل جلاله، وهذا الأصل يسبغ على حقوق المالك صفة جماعية اجتماعية في التشريع الإسلامي، إذ لا إضرار بالغير في شتى صورته.

والحقيقة أن حق الشفعة في ضوء التشريع المغربي حق يضاف إلى كل شخص يكون في مركز يسمح له فيه أن يحتمي بالقانون باستخدام القوة الكامنة في أوامره، و نواهيه، وفلسفته، ليحفظ لنفسه ذلك المركز.

وببساطة يبدو أن حق الشفعة ليس أكثر من صياغة فنية سهلة مختصرة للتعبير عن المركز الخاص الذي يعترف به القانون للشريك أو لبعض الأشخاص، ليس إلا.

## الفرع الثاني مميزات الشفعة وخصائص الحق فيها

شخص لفظ أو مصطلح الشفعة في أفهام الدارسين منذ القدم اعتقادا بأن معناه لا يستسيغه مبدأ الحرية وسلطان الإرادة المتعارف عليه في ميدان المعاملات. والأمر ليس كذلك، لأن الشفعة تفصل في النزاع بين حريتين فرديتين موضوع ممارستهما واحد تشتركان فيه.

وقد أدى اختلاف الفقهاء حول مفهوم هذا اللفظ إلى اختلافهم حول بيانه ونعته، فوصفوها بأوصاف متنوعة ومتغايرة تجعل منها نظاما معقدا وشاذا. صحيح أن الشفعة تقنية فريدة لا تعرفها كثير من الأنظمة القانونية الوضعية وتختلف حول أحكامها المذاهب، لكن هذا لا يبرر ما به وصفت؛ ولا حتى مناقشته.

وتحدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يشاطر الاتجاهات القانونية الأخرى المرتبطة بالخلفية التاريخية في تكييف الشفعة، فحسم الإشكال بالقول إنها حق، مجرد حق كباقي الحقوق، يختص بخصائص الحق بوجه عام، غير أن الشفعة تتميز بمميزات، ويختص الحق فيها بخصائص، نتناولهما في مبحثين، نتطرق في الأول لمميزات الشفعة، وفي الثاني لخصائصها.

## المبحث الأول

### مميزات الشفعة

فضلا عن أن الشفعة تحفظ المصالح، وتحقق الأهداف العامة للشرعية الإسلامية، تتميز بكونها أداة ووسيلة وتقنية لتحقيق غاية معينة، يسعى المشرع بتنظيمها إلى تحقيق هدفين، أحدهما مادي وهو المحافظة على وحدة الملكية والحيلولة دون تجزئتها، وثانيهما اجتماعي يسعى إلى رعاية مصالح جماعية.

### المطلب الأول: الشفعة أداة للمحافظة على وحدة وتوسيع الملكية العقارية

ويتم تحقيق هذا الهدف بوسيلتين:

#### أولاً: المحافظة على وحدة الملكية

تسعى نظرية الشفعة إلى تقليص عدد الملاك المشتركين وتوحيد الحصص المشتركة بالتدرج، وبالتالي إلى إنهاء حالة الشيعاء، والحؤول دون تفتيت الملكية وتقسيمها إلى ملكيات صغيرة تحول دون استغلال الشيء المشترك وفقا لما أعد له أصلا، ويقعده ويعوقه عن أداء وظيفته الاجتماعية والاقتصادية.

ولعل في إقرار التشريعات المعاصرة منح كلا من الشريك في العقار والشريك في الحقوق العينية التبعية له حق انتزاع المبيع من يد المشتري المشفوع منه، سعيا ورغبة أكيدة في المحافظة على وحدة الملكية ووحدة عناصرها<sup>256</sup>، وبقاء العقار وعاء للاستقرار الاجتماعي والنفسي الذي تهدف إلى المحافظة عليه دولة القانون الحديثة في المجتمعات المعاصرة.

<sup>256</sup> = بخلاف المشرع المغربي نصت صراحة بعض القوانين على منح مالك الرقبة حق الأخذ بالشفعة إذا بيع

كل الحق العيني الملبس لها أو بعضه. أنظر المادة 936 من القانون المدني المصري المطابقة للمادة 940

من القانون المدني الليبي، والمادة 239 من قانون الملكية العقارية اللبناني شباط 1948

## ثانيا: توسيع الملكية العقارية

فضلا عن كون الشفعة تستهدف توسيع حصص الشركاء خاصة، ترمي في ضوء القانون المغربي إلى توسيع الملكية العقارية وتقويتها وربط المالك بملكيتها وتنميتها. وتحقيقا لذلك وتفاديا لتجزئة تلك الملكية، وللמخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي تنتج عن ذلك، منح المشرع المغربي الشفيع الشفعة كوسيلة عملية تمكنه من الزيادة في أرضه وتوسيعها وتقويتها وتمديد مساحتها، وجمع ملكيات صغيرة في ملكيات أكبر<sup>257</sup>.

وقد تجسدت هذه الرغبة بصورة ظاهرة وواضحة في ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالحد من تجزئة الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري<sup>258</sup>، كما تسعى بالنسبة للمنقول إلى المحافظة على وحدته، لأن أهميته تكمن في وحدته.

<sup>257</sup> = ينص الفصل الثاني من ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالحد من تجزئة الأراضي الفلاحية أو القابلة للفلاحة الواقعة داخل دوائر الري على أنه "يمنع مع مقتضيات الفصل الثالث القيام بالعمليات الآتية:  
أ- جميع العمليات المتعلقة بأمالك تفوق مساحتها خمسة هكتارات والتي يمكن أن تحدث بها أملاك تقل مساحتها عن خمس هكتارات.

ب- جميع العمليات التي يمكن أن تخفض بها الأملاك التي تعادل خمس هكتارات أو تقل عنها". وينص الفصل الرابع منه على أن "يمنع كذلك في جميع الحالات، بما فيها حالة الشياخ، القيام بأي نوع من أنواع الاستغلال في ملك تفوق مساحته خمس هكتارات إذا كان هذا الاستغلال يؤدي إلى إحداث قطع تقل مساحتها عن خمس هكتارات.

ج- ويجب أن يسير استغلال الأملاك التي تعادل مساحتها خمس هكتارات أو تقل عنها بكيفية تساعد على تجنب أية قسمة غير قانونية. يباشر هذا الاستغلال إما بكيفية جماعية من طرف جميع الملاكين الشركاء أو من طرف واحد أو جماعة منهم أو من طرف شخص آخر له صفة متصرف.

<sup>258</sup> = جاء في الفصل 1 من ظهير 30 يونيو 1962 "تختصر الغاية الأساسية من ضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض في تحسين أساليب استغلالها بجمع وإعادة ترتيب القطع المبعثرة والجزأة أو التي ليس لها شكل منظم لتكون منها أملاك موحدة الأطراف، أو أملاك محتوية على قطع أرضية كبيرة منسجمة الشكل ومضموم بعضها إلى بعض، تساعد على الوصول إليها وصرف المياه منها، وبوجه عام، تكون صالحة للاستفادة من التحسينات العقارية الممكن إدخالها عليها، وعند إجراء عمليات ضم الأملاك الفلاحية المبنية فيما سلف يمكن تخصيص بعض القطع باستعمال جماعي يتعلق بالتهيئة المعقولة لمنطقة تشمل على القسم المضموم دون أن تكون لهذا الاستعمال صلة مباشرة بالاستغلال الفلاحي".

## المطلب الثاني: الشفعة وسيلة لجلب المصلحة

تعتبر الشفعة وسيلة<sup>259</sup> أو تقنية وطريقة موصلة إلى رعاية مصالح الشركاء بلا شك، إذ هي مشروعة في المذهب المالكي، أصل ودائرة التشريع المغربي، بكل صراحة ووضوح لتطبق في المال المشترك. وهي مصلحة أسبق وأرجح من مصلحة أيأ كان<sup>260</sup>، ولا تدخل في تنازع مع أية مصلحة أخرى. تندرج بالضرورة ضمن مقاصد الشريعة الإسلامية العامة، والأهداف والغايات التي يرى المشرع أنها نفع، ويسعى إلى تحقيقها<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> = الوسيلة عند الأصوليين الذريعة أو الطريقة الموصلة إلى الشيء المراد أو المقصد. والذريعة المفضية إلى مباح والمصلحة المتأتية منها أرجح على المفسدة التي تسببها. والواقع أن الفقهاء يأخذون جميعهم بأصل الذرائع مع اختلاف في مقدار الأخذ به، وتبيان طريقة الوصول إلى الحكم، لكن أكثرهم يعطي الوسيلة -الذريعة- حكم الغاية إذا تعينت الوسيلة لهذه الغاية، أما إذا لم تتعين، فالثابت عن الإمام مالك أنها تعتبر أصلاً للأحكام. ويقرب منه في ذلك الإمام أحمد، وتبعهما ابن تيمية وابن القيم.

<sup>260</sup> = المصلحة هي المنافع، ولا يقصد بها المذهب النفعي، أي ما يراه الإنسان صالحاً، وإنما المقصود بها ما يراه المشرع نفعاً، نظراً لاختلاف الناس في أهوائهم وأذواقهم، ولذلك فإن المصلحة محددة بميزان الشرع لا بميزان العقل فحسب.

<sup>261</sup> = يقال: إن الشفعة تعمل على رفع الضرر الذي يلحق بالشركاء من دخول شريك جديد عليهم، وتخفف الضرر الناتج عن انتزاع الملكية من المشتري بالتعويض له، فلا ضرر ولا ضرار ولا حرج. ولا ريب في أن تنازل المشتري عن مشتراه جبراً إضراراً به، غير أن ضرره ضئيل بالنسبة لأضرار الشركاء، وإذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، والمصلحة الجماعية مقدمة على المصلحة الفردية. وقيل إنها جاءت لمصلحتهم حالاً، وهم الذين يقدرونها فيأخذون بها أو يتركون، لدرء الضرر عنهم مستقبلاً. والحقيقة أنها إنما جاءت لمصلحة الشفيع وحده دون سواه، ولذلك ترك له وحده أمر تقدير مصلحته، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك. فلو كانت علتها لرفع الضرر كما يقال لما لصقت بشخصه. ولا شك في أن بناءها على هذا الأساس هو الذي جعل الفقهاء يدخلون في الموازنة بين ما تجلبه الشفعة للشفيع من نفع وما يترتب عن استعمالها من ضرر للمشتري المشفوع منه. لكن تلك الموازنة لا تقوم على أساس سليم، فالمشتري لا يشتري الحصة من الملك على الشباع قهراً، بل رضاه، وهو يقدر مصالحه وأضراره، خاصة وأنه يقدم على شراء جزء من المال المشاع وهو يعلم أنه مثقل بحق الشركاء في الشفعة. ومن قول النبي الأمين ﷺ "من كان له شرك فلا يحل له أن يبيع حتى

ومعلوم أن جلب المنافع أصل واسع من أصول التشريع، وتقنية الشفعة وسيلة مهمة لتفعيل هذا المبدأ، إذ فيها تطبيقات عملية لكثير من القواعد الأسس القائم عليها التشريع الإسلامي والمنافع أو المصالح التي يسعى المشرع بتقنيته لهذا النظام إلى تحقيقها كثيرة ومتنوعة يمكن جمعها:

### أولاً: المنافع الاجتماعية

لاشك في أن الشفعة قاعدة اجتماعية، هدفها الأول والأساس تنظيم تمتع واستفادة الملاك من الشيء على الشيع، وضمان حقوقهم في الانتفاع به وتحقيق رغباتهم بحسن تسييره وتدييره، ضمن إطار ملزم، يحقق ويحفظ الأمن والاستقرار النفسي لهم<sup>262</sup>. وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الحكم كوسيلة للحؤول دون وقوع كثير من الأضرار، عبر عنها فقهاء الإسلام التقليديون "بالمضايقات التي تمنع التصرف الحسن في الشيء المملوك على الشيع مثل إيقاد النار وإعلاء الجدار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار"<sup>263</sup>.

---

يعرض على شريكه"، يتبين أن التعامل في الأموال المشتركة مقيد بنوع من القيود لمصلحة الشركاء، وإذا حملنا معنى البيع في قول الرسول المبلغ الكريم ﷺ على معنيته البيع هو الشراء والشراء هو البيع، على اعتبار أنه من أسماء الأضداد، يصح القول: إن المشتري لا يحل له أن يشتري جزء من المال الشائع إلا بعد أن يستشير الشركاء، لتعلق حقهم بذلك الجزء. ولا يصح القول: إن البائع قد يغبن، وحتى لو فرض، فإن موضوع ذلك ليس في الشفعة، فقد يحاكمهم إن شاءوا أخذوا، وإلا باع. وإن قيل إن في ذلك ضرراً عليه، أجبنا بأن ذلك الضرر لا يختلف عما يلحق المشتري إذا اضطر إلى رفع دعوى طلب الشركاء بالإفصاح عن موقفهم الشفعة حتى يستقر له الملك.

<sup>262</sup> = مفهوم الاستقرار الواسع العريض يتطلب إطاراً تنظيمياً وأدوات تصورية وإجراءات قانونية لتنظيم ونجى المناخ السليم للإنتاج، وتوفير الشروط الاجتماعية للاستغلال الأمثل للملكية المشتركة.

<sup>263</sup> = المبسوط 14 ص 91. وعلق على ذلك ابن عابدين قائلاً: لا يقال إن ما ذكر ضرر موهوم، وإن الأخذ من المشتري ضرر محقق به، لأننا نقول هو غالب فيرفع قبل وقوعه، وإلا فقد يحصل إن لم يتمكن من رفعه، وما أحسن ما قيل:

كم معشر سلموا لم يؤدهم سيع ولم نر أحدا لم يؤذه بشر

- راجع: ابن عابدين 5 ص 189

ولعل ربط الإنسان بأصوله ماديا ونفسيا واجتماعيا وجعله متشبثا بها ومدافعا عنها تبقى السلوك المرغوب والغاية المثلى المستهدفة.

### ثانيا: المنافع الاقتصادية

للشفعة في ضوء التشريع المغربي منافع خاصة بالشفيع، ومنافع اقتصادية عامة:

#### أ- المنافع الخاصة

منطقي جدا أن يمكن للشفيع من الاستفادة من حقه في الشفعة على الوجه المشروع، وخارج نطاق التعسف، فلا يلزمه أن يحتفظ بالمشفوع، ولا يشترط أن يتجرد طلبه حقه من أي فكرة يمكن أن تحمل على الربح أو المضاربة بحقه، فأحكام الشفعة، كما وضعها المشرع، لم تقيد تصرفات الشفيع في حقه بعد أن يأخذها، خلافا لما كان عليه الحكم في قواعد الفقه المالكي<sup>264</sup>، علما أن العوامل

<sup>264</sup> = تساءل الفقهاء المغاربة المالكية عما إذا كان يحق للشفيع أن يبيع أو يهب الحصة التي آلت إليه بالشفعة، فترتب عن ذلك جوابان:

1- لا شفعة للشريك إذا نوى أن يبيع أو يهب للغير، لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الشركة لا لجلب الربح للشفيع. ولما كانت النية من مكونات النفس التي لا يطلع عليها إلا خالقها تعالى، رأى جانب من فقهاء هذا الاتجاه أن قيام الشفيع بذلك بعد مدة قصيرة يعتبر قرينة على أنه شفع لبيع، مع أنهم لم يحددوا تلك المدّة، فجعلها البعض ممن بعدهم ستة أشهر، وقد ذكر العلامة الشيخ التسولي أن شيخه سيدي محمد بن إبراهيم أفق بذلك. كما ذكر الشيخ الرهوني أنه وجد بخط الفقيه أبي عبد الله سيدي محمد الشاهد ما نصه: رأيت فتيا لبعض الأئمة وأظنه سيدي يحيى السراج أنه لا يبيع إلا بعد مضي ستة أشهر: التسولي ص2 114 -الرهوني ص 263

2 - يحق للشفيع أن يشفع لبيع إذا كان يرمي من وراء هذا البيع إلى تحقيق غرض مشروع، ولو باع بقرب السنة، وقد ذكر أن الشيخ ابن مرزوق أفق به: التسولي ص 2 115. ونظم العلامة الرهوني آياتا تضبط حكم الشفعة، وهبتها مع التبيه على أن الشفيع لا يبيعها بالقرب بعد الأخذ بها فقال:

ويبيع شفعة لمن قد اشترى	من مستحق الكل حلها جرى
ويبيع للغير مطلقا منع	من قبل أخذ أو بقربه استمع
ويبيع بعضهم له فيه اختلف	ومنعه على الأصح قد عرف
فإن يقع فاحكم له برد	ثم له الأخذ بعيد الرد
وهبة كالبيع فيما سبقا	لكنها ليست تعود مطلقا



الاقتصادية تؤثر في توجيه الأعمال القانونية، وتدفع بالمرء إلى السعي وراء مصلحته المادية والمعنوية، ولذلك، إذا أراد الشفيع، بعد استعماله حق الشفعة لنفسه، أن يبيع الشئ المشفوع للغير فلا مانع يمنعه من ذلك إطلاقاً، كما أنه لا مانع يمنعه من أن يستعمل حق الشفعة بقصد الاستفادة، كأن يتفق مع شخص آخر على أن يقيم دعوى الشفعة باسمه مقابل حصة يحصل عليها في العقار المشفوع.

وبالرغم من أن القضاء التقليدي يرد الشفعة في مثل هذه الحالة بدعوى أن حق الشفعة يكون قد استعمل لمنفعة شخص آخر، فإنما ذلك بالنظر إلى أنها شرعت لرفع الضرر عنه لا لجلب المصلحة له. ولا يجوز للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه أسباباً لسقوط حق الشفعة غير التي حصرها المشرع. ويكون حكمه بإسقاط حق الشفيع إذا باع العقار الذي أخذه بالشفعة مجرد العودة على الأعتاب لأن حق الشفيع مقرر شرعاً وقانوناً، يستفيد منه ما دامت الشروط والقيود المفروضة مستوفاة.

### ب - المنافع العامة

إن تقنية الشفعة، وخاصة في الفصل 32 من القانون المالي لسنة 1973، تستهدف النفع العام. فنظراً للدور الاقتصادي الأساس للعقار، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية، من الهروب من أداء الضرائب والرسوم، وضياع حقوق الخزينة العامة، ما ينتج عنه تضيق موارد الدولة، فقد منح المشرع مؤسسات الدولة العامة إمكانية أخذ المبيع بالأفضلية كلما ظهر لها أن ثمن الصفقة كان صورياً ورفض المعني بالأمر دفع الرسوم المحددة قانونياً اعتماداً على القيمة الحقيقية للشئ موضوع البيع.

وهذه التقنية<sup>265</sup> من شأنها توجيه الأثمان والتدخل في المعاملات التجارية، وخاصة منها العقارية لتأمين استمرار موارد خزانة الدولة في استيفاء حقوقها، فضلا عن أن العين المأخوذة بالأسبقية ستستخدم في أغراض عامة تعود بالربح على الجميع. ولا شك في أن حقوق الأفراد يجب أن تحظى بالرعاية التامة في كلياتها وجزئياتها، وفي ما يلتصق بها من قريب أو بعيد، فالمعاملات أصبحت متداخلة في أحكامها وإجراءاتها وضوابطها الاقتصادية والاجتماعية.

وإذا كانت النصوص القانونية المنظمة لمصادر الالتزامات بصفة عامة قد نشأت في ظل نظرية اقتصادية معينة، فإن هذه النظرية في تطور مستمر ومتغير، والنص القانوني مبدئيا يجب أن يواكبها عن طريق أعمال الفلسفة التي تسوده<sup>266</sup>.  
ومما لا شك فيه أن القانون لا يمكن أن يثبت على حالة واحدة، بل متطور في الزمان ونفس المكان، لمجرد أنه يحكم علاقات اجتماعية تتطور في المكان الواحد من زمان إلى زمن، فهو مرآة للبيئة التي ينطبق فيها، ويستجيب لظروفها وحاجاتها.

<sup>265</sup> = هذه التقنية التي أخذها المشرع -يقول الأستاذ الدكتور محمد الكشور- من النظام الخاص بالتصرفات القانونية العوضية في مجال الملكية الشائعة المستمدة أساسا من المبادئ العامة للفقهاء الإسلاميين واقتبس منها نوعا من العقوبة لكي يطبقها بالخصوص في النطاق الضريبي في الصورة الآتية بالخصوص: قد يشتري أحد الأشخاص من آخر عقارا ما، وللتهرب من أداء بعض الرسوم الضريبية أو تخفيضها على الأقل إلى أدنى حد ممكن، يتفق البائع مع المشتري على تحديد ثمن صوري يقل عادة عن الثمن الحقيقي. وقد أخذت هذه الظاهرة تتفاقم بمرور الوقت لدرجة أنها أصبحت قاعدة يحرص عليها كل من البائع والمشتري في البيوعات العقارية. وللحد من تلك الظاهرة الخطيرة، يحق لوزير المالية أو لأي شخص آخر يفوض له ذلك، الحق أن يشفع الشيء المبيع لفائدة الدولة بالثمن المصرح به في العقد مع المصاريف الضرورية الأخرى. والشفعة بهذا المفهوم هي نوع من البيع الجبري الذي يتم لفائدة الدولة تحقيقا لمصلحة عامة لا تتغير صورتها، وتمثل أساسا في محاربة التهرب من أداء الضرائب أو رسوم التسجيل بالخصوص في مجال البيوع العقارية والذي يمس مالية الدولة في الصميم.

<sup>266</sup> = راجع مقدمة الهبة للدكتور عبد الرحمان بلعكيد م س

## المبحث الثاني خصائص الحق في الشفعة

لاحظنا أن علماء الفقه والقانون لم يستسيغوا كثيرا تقنية الشفعة، فصاروا يصفونها بأوصاف قلما وصفت بأمثالها تقنية قانونية أخرى. والحقيقة أن أغلب نعوهم تخالف حقيقة هذا النظام الفريد الموحى به، والحق أن الحق في الشفعة لا يختلف عن غيره من الحقوق كثيرا:

**المطلب الأول: قابلية حق الشفعة للإسقاط والتوارث**

**الفقرة الأولى: قابلية حق الشفعة للإسقاط**

كما يصح إسقاط الشفعة حقه في الشفعة شخصا، يمكن أن يسقطه بالنيابة، وهو ما يتطلب التعرض لشكل ووقت هذا الإسقاط في نقطتين:

**النقطة الأولى: أشكال الإسقاط**

**أولاً: الإسقاط بالأصالة**

الشريك حر في تصرفاته يتعامل مع غيره وفق مشيئته وإرادته بدون إكراه، فله أن يستعمل حقه في شفعة الحصاة المفوتة من الملك على الشيعاء، وله أن يتنازل عنه، صراحة أو ضمنا.

**ثانياً: الإسقاط بالنيابة**

**أ - النيابة الاتفاقية**

يمكن للشفيع أن يسقط حقه في الشفعة بالنيابة عنه، فالنيابة الاتفاقية جائزة قانونا، ولا مانع يمنعه من أن يستعمل حقه فيها، في إطار الوكالة، فالتصرف ينجز إليه لا محالة، وكلما كانت النيابة صحيحة، والنية خالصة والحدود مرسومة إلا ترتبت عليها مختلف الآثار، لأن إرادة النائب تحل قانونيا محل إرادة الأصيل.

ولكن، وبما أن الشفعة من أعمال التصرف، فإنها تقتضي وتتطلب وكالة خاصة، ولا تكفي في مباشرة أو استعمال الحق فيها الوكالة العامة، ويشترط في هذه الوكالة الخاصة أن ترد ضمن المدد المعينة لطلب الشفعة ليكون لها المفعول القانوني.

وقد أخذت بهذا المبدأ محكمة الاستئناف اللبنانية فقررت أن حق الشفعة حق شخصي لا بد لممارسته من قبل الوكيل أن يكون مأذوناً من الموكل بطلب الشفعة أو بالشراء مطلقاً والإجازة اللاحقة يشترط أن ترد ضمن المدة القانونية المعينة<sup>267</sup>.

## ب- النيابة الشرعية

### 1 - حكم النيابة الشرعية

لا يمكن للأشخاص الذين يقعون تحت الحجر كالصبي المجنون والمعتوه والسفيه والمحكوم عليه بعقوبة جنائية، وفقاً للقواعد العامة، أن يشفعوا بأنفسهم لانعدام أهليتهم، وإنما بواسطة نائبهم الشرعي الحاجر<sup>268</sup>.

وبالرغم من أن المشرع قد أحاط التصرف في عقار المحجور ومنقولاته بجملة من الضمانات نص عليها في الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود، والمواد من 235 إلى 272 من مدونة الأسرة، والفصول من 201 إلى 211 من قانون المسطرة المدنية، فإن ذلك لا يمنع المحجور من المطالبة بشفعته.

<sup>267</sup> = الدكتور السنهوري م س

<sup>268</sup> = ومعلوم أن النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقدم، وصاحب الولاية العامة في الشرع هو قاضي المحاجر، أما الأب أو الأم فلهما الولاية الخاصة بحكم الشرع والذي يقيمه الأب ويوافق عليه القاضي هو الوصي، والمقدم هو من يتولى القاضي تعيينه.

ويتولى الحاجر شؤون محجوره تحت رقابة القاضي المكلف بشؤون القاصرين سواء كان الحاجر أبا أو وصياً أو مقدماً.

ويسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالجان . ويمكن مساءلته جنائياً عند الاقتضاء.

## 2- إسقاط الحاجر شفعة محجوره

بخلاف إجماع المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة وغيرهم على أن الحاجر ينوب عن محجوره في الأخذ بالشفعة، وإذا ناب عنه فيها فإنه يملك الشيء المشفوع ويستقر في ملكه ولا يمكنه أن ينقض ما فعله وليه بعد بلوغه رشده<sup>269</sup>،  
 ثار خلاف بينهم في حكم إسقاط الولي أو ترك شفعة محجوره:

- إذا أسقط الحاجر الشفعة، فإن محجوره ينتظر بها إلى أن يبلغ كما ينتظر بها الغائب، فإذا كبر وبلغ فله الأخذ بها عند الإمام أحمد في رواية، والأوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي.

- إذا أسقط الحاجر الشفعة فليس للمحجور عند الشافعي وأبي حنيفة الأخذ بها لأن الولي فعل ما له فعله، فلم يجوز للمحجور نقضه.  
 - ويفرق المالكية بين ثلاثة حالات:

1- إذا ثبت توخي الحاجر مصلحة محجوره في إسقاط شفעתه، فإن حق المحجور فيها يسقط نهائياً.

2- إذا لم يتوخ الحاجر المصلحة في إسقاط الشفعة فإن حق المحجور فيها لا يسقط بإسقاط الولي، كما هو ظاهر المدونة، ولذلك يحق لهذا المحجور عندما يصير رشيداً أن يطالب بشفعته، كما يحق لوليه أن يطالب بها نيابة عنه قبل أن يرشد بناء على أن الشفعة استحقاق.

3- إذا لم يثبت توخي مصلحة المحجور أو عدمه في إسقاط الشفعة فإنه يميز بين فرضيتين:

الفرضية الأولى: إذا كان الحاجر أباً أو وصياً للمحجور فيعتبر قد توخى مصلحة محجوره في إسقاط شفعته ويترتب عليه سقوط حق المحجور. قال ابن عاصم:

والأب والوصي مهما غفلا عن حدها فحكمها قد بطلا  
الفرضية الثانية: إذا كان الولي مقدما فيحمل على عدم توحي المصلحة، ولا  
تسقط شفعة محجوره.

ويجري القضاء في المغرب على "أن من وجبت له أو لمحجوره الشفعة ولم يقم  
بها حتى مضى عام من يومه وهو حاضر قادر على القيام بها، فإن شفעתه تسقط،  
دون تمييز بين الأب والوصي والمقدم، على أساس أن هؤلاء كلهم يدخلون في  
مفهوم النائب القانوني، وأن محاجيرهم لا يدخلون ضمن الأعدار القانونية  
المنصوص عليها في الفصل 976 من قانون الالتزامات والعقود"<sup>270</sup>.

وهذا المجرى فيه كثير من المغالاة ونزوع إلى التضييق في نطاق الشفعة، ويخالف  
أحكام المذهب المالكي، وقواعد الفقه الإسلامي العامة الكليات، والأسس المبني  
عليها فقه الشفعة، وحكمة مشروعيتها، ولا يتناسق.

#### النقطة الثانية: زمان ممارسته

يجمع جمهور العلماء المسلمين على أن للشفيع أن يسقط حقه في ممارسة  
الشفعة، لكنهم يختلفون حول متى يمكن له ذلك في نظريتين:

- النظرية القائلة بجواز إسقاط حق الشفعة حتى قبل التصرف المنشئ له.
- النظرية القائلة بأن لا إسقاط لحق الشفعة إلا بعد التصرف المنشئ له.

#### أولا: إسقاط حق الشفعة قبل التصرف المنشئ له

يرى الظاهرية وأحمد بن حنبل في رواية أن الشريك إذا تنازل عن الشفعة قبل  
بيع شريكه فإن حقه فيها يسقط ويستندون إلى سنيين:

- 1- الشفعة خلاف الأصل "لأنها تقتضي أن يترع من المشتري ما اشتراه،  
ويجبر على إخراجه من يده". وإذا كان لذلك مبرر عندما "يشترى من غير إذن

<sup>270</sup> = الحكم عد 297 بتاريخ 16 مارس 1959 مجلة القضاء والقانون عدد 21 ص 226

الشريك، لأنه يعتبر مسيئاً لهذا الشريك، ويتهم بأنه يمكن أن يكون يقصد الإضرار بالشريك"<sup>271</sup>، فإنه لا مسوغ له عندما يشتري الشخص النصيب بعد الاستئذان والعرض على الشريك فيتترك، وتسقط شفيعته.

2- "حديث" جابر عند مسلم "قضى رسول الله صلعم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به"، ويحملون قوله "إن شاء ترك" على أنه إن ترك بعد استئذانه فلا حق له في الشفعة حينما يبيع شريكه ما عرض عليه؛ وقوله "فإذا باع ولم يؤذنه" على أنه إذا باع ولم يؤذن شريكه، فلهذا الشريك الحق في أن يشفع"<sup>272</sup>. غير أن ابن حزم شد عنهم، ورأى "أن الشريك إذا عرض عليه شراء الحصاة ولم يبد رغبته في أخذها فقد سقط حقه فيها، ولا قيام له بعد ذلك"<sup>273</sup>.

ويعطي القانون المدني المصري والبناني الشريك إمكانية إسقاط حقه في الشفعة حتى ولو لم ينشأ بعد، خلافا لما عليه الأمر في القانون المغربي.

#### ثانياً: إسقاط حق الشفعة بعد التصرف المنشئ له

يذهب غالبية الفقهاء من مالكية وشافعية وأهل الرأي من الحنفية إلى أن إسقاط الشفيع شفيعته لا يلزم إلا إذا وقع بعد المعاوضة"<sup>274</sup>. ومعنى هذا أن الشريك إذا أسقط حقه في الشفعة أو تنازل عنه قبل بيع شريكه حصته على الشياح لا يمنع من استعمال حقه في الشفعة إذا تم البيع، ولا اعتبار لإسقاطه له أو تنازله عنه، لأنه أسقط أو تنازل عما لم يثبت له بعد.

<sup>271</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 334

<sup>272</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م س

<sup>273</sup> = المحلى 9 ص 83

<sup>274</sup> = التسولي 2 ص 115

وبالرغم من أن قانون الالتزامات والعقود لم يتعرض صراحة للوقت أو الزمان الذي يصح فيه للشريك أن يتنازل عن حقه في الشفعة، ولم يحل إلى مصدر آخر، كما لم يمنع الاتفاق على التنازل عنه أو إسقاطه مسبقا وقبل نشوئه، يمكن القول: إن حكم هذه المسألة يكمن في تعريف المشرع لحق الشفعة نفسه، إذ لا وجود لهذا الحق أصلا إلا إذا انتقلت من الملك على الشياح حصة أحد الشركاء إلى أحد الشركاء الآخرين أو إلى شخص أجنبي عنهم، وخرجت فعلا وقانونا من ذمته. فإذا نشأ هذا الحق صح التنازل عنه. وإذا تعلق الأمر ببيع عقار محفظ، فإن القضاء، وبالرغم من صراحة المشرع بعدم إمكانية التنازل عنه قبل تسجيل الشراء في السجل العقاري وفقا لمقتضيات الفصل 33 من ظهير 2 يونيو 1915، يسمح للشفيع بممارسة حق الشفعة حتى قبل تسجيل عقد الشراء بالسجل العقاري. ويفهم من هذا الاتجاه القضائي إمكانية تنازل الشفيع عن حقه أيضا قبل تسجيل عقد الشراء بالسجل العقاري، إذ لا معنى لأن نسحب منه باليسرى ما قدمناه له باليمنى، ويستنتج منه أن التنازل عن حق الشفعة لا يصح إلا بعد البيع.

#### الفقرة الثانية: قابلية حق الشفعة للانتقال بالتوارث

قال الشعبي بأنه سمع أن الشفعة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، ولا تعار، وهي لصاحبها الذي وقعت له<sup>275</sup>، وهو ما روي عن الحسن وابن سيرين والنخعي، وبه قال الثوري وإسحاق والعنبري<sup>276</sup>.

ويرى الأحناف أن حق الشفعة يسقط بموت الشفيع سواء أعلن رغبته في الشفعة أم لم يعلنها، ولا ينتقل إلى الورثة لأنه مجرد حق تملك لا يبقى بعد وفاة صاحبه، مستندين إلى أن الشفعة ليست مالا بل هي إرادة ومشئمة، وهما حالتان للشخص ينتهيان بوفاة<sup>277</sup>.

<sup>275</sup> = المحلى 9 ص 117 - 118

<sup>276</sup> = المغني م 5 - إعلام الموقعين م 5 - الوسيط 9 ص 160

<sup>277</sup> = المهذب 5 ص 536 - 537 - المغني 4 ص 346-347 الطبعة 3 - كشاف القناع 2 ص 390



ويرى الإمام أحمد أن حق الشفعة يورث إن تقرر بالمطالبة، ولا يورث إن لم يتقرر بها، فإذا مات الشريك قبل الأخذ بالشفعة فليس لوارثه حق الأخذ بها، وإذا مات بعد المطالبة بها انتقل الحق إلى الورثة<sup>278</sup>.

وقال ابن حزم: إن مات قبل أن يأخذ بشفعته فقد بطل حقه، ولا حق لورثته في الأخذ بها، لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره، والخيار لا يورث<sup>279</sup>.

وقال الشافعي: "إن حق الشفعة من الحقوق المالية، تدخل ضمن التركة"، فإن مات الشفيع قبل طلب العفو والأخذ، انتقل حقه في الشفعة إلى ورثته لأنه قبل ما استحقه بعقد البيع، فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فورث كالرد بالعيب<sup>280</sup> ويستندون في ذلك إلى عموم الحديث النبوي<sup>281</sup>.

أما المالكية فيرون ثبوت الشفعة للوارث لأنه يتملك العقار فيتملك حقوقه، وهو خليفة للمورث فيما يملك من أموال وحقوق، ما يفترض العمل به قضائياً في المغرب.

### المطلب الثاني: قابلية حق الشفعة للتجزئة

ينص الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "...إذا امتنع غيره من الأخذ بها لزمه أن يشفع الكل"، وينص الفصل 34 من ظهير 2 يونيو 1915 على أنه "يجب الأخذ بالشفعة في مجموع الحصص المباعة على الشياخ لا في جزء منها".

<sup>278</sup> = المحلى 9 ص 118

<sup>279</sup> = العناية 7 ص 446 - الزيلعي 5 ص 257 - بداية المجتهد 2 ص 248 - إرشاد السالك إلى

أشرف المسالك في فقه مالك لشهاب الدين عبد الرحمن محمد بن عسكر دار الكتاب الدار البيضاء

<sup>280</sup> = المغني م س

<sup>281</sup> = محمد الصادق المهدي م س ص 132

ومعلوم أن مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر فقها لمصلحة المشفوع منه حتى لا تتفرق عليه الصفقة فيضار بها، سواء تعلق الأمر بمنقول أو عقار. فإذا كان إنقاص المشتري على المشتري يؤدي إلى الأضرار به، امتنع على الشفيع أخذ جزء من المبيع بالشفعة، وتعين عليه أخذ الكل تجنباً للتجزئة<sup>282</sup> وإلا أضحت الشفعة غير مقبولة. وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أن محكمة الاستئناف لا تخرق القانون إذا حكمت بتصحيح العرض العيني المقدم للمشفوع عليهم، وكان الأجل المنصوص عليه في الفصل 32 من ظهير 2 يونيو 1915 قد روعي، وعرض الثمن كله، وأودع داخل أجل سنة ابتداء من تاريخ تسجيل رسم البيع في السجل العقاري ما يدل على الرغبة في الأخذ بالشفعة تجاه جميع الورثة طبق مقتضيات الفصل 34 من الظهير المذكور الذي يوجب الأخذ بالشفعة في مجموع الحصص المبيعة على الشياخ لا في جزء منها<sup>283</sup>. فحق الشفعة على نفس العقار يمارس بصفة مشتركة بين كافة المالكين على الشياخ بنسبة ما يملكه كل واحد منهم. وإذا تنازل عدد منهم فإن ذلك الحق يمارس من طرف الآخرين حسب حظوظهم. ولا يمكن التصريح بصحة الشفعة التي يمارسها بعض المالكين على الشياخ بالنسبة لجميع الجزء المشاع المبيع إلا في حالة تنازل الشركاء الآخرين<sup>284</sup>، أما إذا امتنع المشتري من تمكينه من مجموع الحصص، والحالة أن باقي الشفعاء حاضرون ولم يسلموا ولا أسقطوا حقهم في الشفعة قبل الأخذ بها، ولا وكلوه عن الأخذ لهم بها، فليس له وحده أن يلزم المشتري على تمكينه منها، وليس له في هذه الحالة إلا أخذ نصيبه فقط.

وبالرغم مما يظهر من تعبير المشرع المغربي بالفاظ "يجب" و"يلزم" من خضوع هذا المبدأ للنظام العام، أي أن لا الشفيع ولا المشفوع منه يستطيعان أن يتفقا على

<sup>282</sup> = قرار المجلس الأعلى 2706 في: 20-11-1985. مجلة رابطة القضاة العددان 18-19 ص 61

<sup>283</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 55 في 6-2-1967. مؤلف زعيم ص 228

<sup>284</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 207 في 8-12-1975 - إبراهيم زعيم م س

خلافه، فإن القصد من ذلك إذا اختلف الطرفان أو الأطراف، ولم تسلم الشفعة رضاء. كما أنه لا يفهم منه رعاية مصلحة المشفوع منه دون مصلحة الشفيع. ولا يصح أن ننسب إليه القصور وإهمال أحكام مسائل مهمة كان من اللازم إيضاحها، وهي حالات:

- 1- تعدد البائعين، هل يجوز للشفيع أن يشفع ضد أحدهم دون الآخرين،
- 2- تعدد المشترين والبيع صفقة واحدة بعقد واحد، هل يجوز له أن يشفع ضد أحدهم دون غيره،
- 3- تعدد العقارات المباعة بعقد واحد، هل الشفيع مجبر على أخذها بالشفعة كلها أم في بعضها،
- 4- بيع العقارات المحددة بصفقات وعقود مختلفة بأثمان لكل واحد منها، وبالتالي نبرر تركها لتقدير القضاة يتبعون فيها اجتهادهم بالنظر إلى الضرر الذي يلحق بالمشفوع منه في حالة تجزئة الصفقة بممارسته حق الشفعة في بعض العقارات، في ضوء الأحكام الفقهية باعتبارها مصدرا ماديا وتاريخيا للشفعة، وهنا، إذا تعددت عقود البيع أو المعاوضة، فإن الشفيع يكون مخيرا في الأخذ بأي صفقة شاء ومن تم إذا اتحدت الصفقة فلا تبويض إلا برضى المشفوع منه والشفيع، وإن تعددت الصفقة للشفيع التبويض رغم اعتراض المشفوع منه، لقول الشيخ خليل: "وإن تحددت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح، وكان أسقط بعضهم أو غاب أو أراد المشتري"، وهو ما عبر عنه ابن عاصم بقوله:

والشفيع لأثنين فأعلى مشتر      يمنع أن يأخذ منه ما يرى

إن كان ما اشترى صفقة وما      في صفقات ما يشاء التزاما

وإنما يجب أن نذهب إلى أن المشرع، في حالة تعدد المشترين سواء كان الشراء بعقد واحد أو بعقود مختلفة، قد أجاز للشفيع أن يشفع نصيب أحدهم فقط بعموم النص، والعام يجري على عمومته، والمشرع لم يقيد بأي قيد هذا المبدأ، فضلا

عن أن الفصل 29 من ظهير 2 يونيو 1915 الموافق 19 رجب 1333 المطبق على العقارات المحفظة المشرع قد نص صراحة على أن كل شريك في الملك يشتري جزءا من العقار يصبح مشاركا فيمارس الأخذ بالشفعة كغيره من باقي الشركاء بقدر الحصة التي كان يملكها قبل الشراء . والنص يفترض أن المشتري نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي اشتراه، ثم يتقدم لأخذ العقار منه شفيع من طبقته، فلا يجوز له أن يأخذ كل المشتري، وإنما يلزم بترك جزء منه للمشتري بقدر الحصة التي كان يملكها قبل الشراء، تلقائيا؛ إلا أن هذا الترك ليس جبرا عليه، فإذا أبدى رغبته في التنازل فلا يترك له، مما يوضح صراحة أنه لا هو يأخذ بمبدأ إقرار عدم تجزئة الشفعة لمصلحة المشفوع منه، ولا هو يجعل هذا المبدأ إلزاميا. أما ما يظنه جانب من الفقه المغربي من "أنه لا يجوز تفريق الصفقة على المشتري، ولا يجوز للمشتري إجبار الشفيع على الاقتصار في ممارسة حقه في الشفعة على مقدار نصيبه"، بدعوى "أن عدم تفريق الصفقة إنما تقرر لمصلحته وحده"، فمجرد تخمين لا يقوم على أساس قانوني.

## الباب الثاني نطاق الشفعة

نطاق تطبيق الشفعة أو مجال إعمالها، سواء من حيث الأموال أو الأشخاص أو من حيث الزمان، مجال خصص لتنازع أحكام الفقه والقضاء قديما وحديثا. ويرتبط الإشكال أساسا بتحديد طبيعة هذا النظام الفريد العظيم الذي جاء به الوحي الإلهي، ولم تكن تعرف مثله كثير من الأنظمة الوضعية البشرية. والدراسة إذ تتناول هذا الباب، لن تتعرض لمجال الشفعة من حيث الزمان على اعتبار أنه من الميكانيزمات التي يستحسن تأجيلها إلى القسم الثاني العملي، وسنقتصر هنا فقط على دراسة نطاقها من حيث الأشخاص والأموال في فصلين نعرض في الأول نطاق الأشخاص وفي الثاني نطاق الأموال.

## الفصل الأول نطاق الأشخاص

دراسة هذا الفصل تعني بدراسة ما يسميه الفقهاء بأركان الشفعة، وتبيان الأحكام المتعلقة بكل ركن من حيث الأشخاص الذين يحق لهم استعمال حق الشفعة.

والحقيقة أن من يحق له استعمال هذا الحق في التشريع المغربي يثير تحديده نوعا من الغموض، يتطلب الكشف عنه الرجوع إلى عدة نصوص متناثرة في التقنين، كما يستلزم الاستئناس بفلسفة المشرع في الميدانين الاقتصادي والاجتماعي. ويلاحظ أن المشرع المغربي قد تجاوز مفهوم الاشتراك أو الشيعاء في تحديد مفهوم الشفيع إلى اعتبارات أخرى رأى أنها كافية لاعتبار الشخص الذي تتوافر فيه شفيعا بغض النظر عما إذا كان شريكا. كما أن المشفوع منه لا يعتبر كذلك في اعتبار المشرع لأنه اشترى جزءا من الملك على الشيعاء، وإنما لأنه يكون في مركز يعتبره فيه شفيعا.

ولأجرة هذا الفصل نقسمه إلى فرعين نبحت في الأول الشفيع وفي الثاني المشفوع منه

## الفرع الأول الشفيع

الشفيع على وزن فعيل بمعنى فاعل، أي من له حق الشفعة؛ وهو في الاصطلاح الفقهي في ضوء التشريع المغربي:

1- المالك على الشيوع للمنقول أو العقار الذي له حصة شائعة فيه صغيرة كانت أو كبيرة، سواء كان الشيوع اختياريًا، أي وليد الاتفاق، أو كان اضطراريًا، أي وليد التوارث<sup>285</sup>.

2- من يملك حصة شائعة في الشيء المشاع الذي فوتت حصة منه إلى الغير بعوض<sup>286</sup>.

3- الشخص الذي يحق له أن يستعمل الشفعة بصدد انتقال مال إلى آخر، أو الشريك على الشباع في عقار أو حق عيني فقط دون غيره<sup>287</sup>.

4- من له حق استشفاع حصة شائعة في عقار يملك منه جزء شائعا فوئها شريك للغير بعوض<sup>288</sup>.

هذه التعريفات تختلف:

- فالتعريف الأول لا يميز بين المال المنقول والعقار من حيث موضوع الشفعة، وهو جامع ومانع، نابع من قول الرسول ﷺ "الشريك شفيع والشفعة في كل شيء" ومن قواعد ظهير الالتزامات والعقود، فغلب واقعة الشركة المادية في اعتبار الشريك شفيعا على تصرفه القانوني الذي يترتب عنه ثبوت حق الشفعة للشفيع.

<sup>285</sup> = الدكتور مامون الكزبري م س 1 ص 448

<sup>286</sup> = الدكتور أحمد الخريصي م س

<sup>287</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 39-417

<sup>288</sup> = أحكام الشفعة والصفقة في التشريع المغربي ص 16 سليمان الحمزاوي دار الطباعة الحديثة الدار البيضاء.

- أما التعريف الثاني فهو، وإن كان لا يميز أيضا بين الأموال من حيث موضوع الشفعة، يَحصر المطالبة بالحق فيها في الحصة المفوتة بعوض للأجنبي أو الغير فقط.

- والتعريف الثالث يشبه الأول بل يكاد لا يختلف عنه في شيء، ولا يتميز عنه إلا في دقة التعبير، وإيجاز ما فصله الأول، غير أن أستاذنا العلامة يَحصر في التعريف الرابع الشفيع في من يملك عقارا أو حقا عينيا في عقار. ولعله يقصد العقار المحفظ، وإلا اعتبر تعريفه مؤسسا على خير جابر الذي يجعل موضوع الشفعة ربة أو حائطا.

والتعريفات، وإن كانت كلها مستنبطة من روح الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913، منطوقها لا يوافق مضمون التشريع المغربي في عمومته.

صحيح أن الشفيع شريك في الفصلين المذكورين كما في المذهب المالكي، لكن الشفيع في المادة 4 من ظهير 6 غشت 1995 المتعلق بالمياه ليس شريكا، وإنما سمي كذلك، لأنه مجاور أرضه لمجرى النهر. وهذه أمور واضحة لا تحتاج إلى تأويل أو تفسير. كما أنه لا يعقل القفز عليها كليا اعتقادا أن المشرع لا يقصد بها الشفعة، أو خانه التعبير.

ومما لاشك فيه أن لفظة الشفيع في التشريع المغربي معان عدة، تختلف من فصل لآخر، ما يوضح أن المشرع لم يلتزم كل الالتزام بأحكام المذهب المالكي. ولعل اعتبار "الشفيع كل شخص منحه المشرع حق ممارسة الشفعة" أدق وأوجز تعريف له، إذ بهذا العموم يصح أن يكون شريكا<sup>289</sup> أو جارا<sup>290</sup>، كما يمكن أن يكون غيرهما<sup>291</sup>.

<sup>289</sup> = "الشريك شفيع والشفعة في كل شيء".

<sup>290</sup> = "الجار أحق بصقبة"

<sup>291</sup> = "قبل يا رسول الله ﷺ أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم فقال: الجار أحق بصقبة ما كان". قيل وما صقبة؟ قال: شفعتة".



## المبحث الأول شخصية الشفيع

المقصود هنا الشخصية القانونية، وهي كما تثبت للإنسان تثبت لغيره. وقد جرى الفقه على تسمية شخصية الإنسان بالشخصية الطبيعية، وتلك التي لغيره بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية.

والشخصية القانونية صفة يقرها القانون، ويكون بمقتضاها لمن تتقرر له أهلية اكتساب الحقوق، وتحمل الواجبات. وتثبت للإنسان من دخوله إلى عالم الوجود، وتنقضي بخروجه منه، وللشخص الاعتباري من نشوئه إلى انحلاله وزواله. ويستفاد من الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود أن الشفيع كما يمكن أن يكون شخصا طبيعيا يمكن أن يكون شخصا اعتباريا:

### المطلب الأول: الشفيع شخص طبيعي

الأصل أن كل شريك شفيع، ولا اعتبار لحالته الشخصية عند غالبية الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والأحناف لسببين:

1- كون الأخبار الموثوقة الصحيحة تعم وتشمل كل الشركاء دون التمييز بينهم من حيث الجنس أو الدين أو السن أو النوع.

2- كون الشفعة في نظرهم، إنما شرعت لإزالة عن الشركاء الضرر الذي يستوي في العناء منه وفي ضرورة دفعه كل الأشخاص<sup>292</sup>.

غير أن حالة الشريك هاته جعلت جانبا من العلماء المسلمين يعتقدون بعدم اعتبار المحجور - كغير المسلم - شفيعا، فذهب ابن أبي ليلى والأوزاعي والنخعي

<sup>292</sup> = المغنى ج 5 ص 313

والحارث العكي إلى أن المحجور<sup>293</sup> لا شفعة له لأنه:

1- لا يمكن للصبي الأخذ بالشفعة، كما لا يمكن انتظاره به إلى أن يبلغ لما ينطوي عليه ذلك من الإضرار بالمشفوع منه.

2- ليس للولي الأخذ له لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ<sup>294</sup>.

وخالف الإمام الأوزاعي، فذهب إلى أن الصبي إن كانت الشفعة لا تثبت له على حاله، فإنه يمكنه أن يطالب بها إذا بلغ، سواء كان قبل ذلك بولي أو مهملاً<sup>295</sup>، وهو رأي محمد وزفر الحنفيين<sup>296</sup>، بينما رأى بعض الحنابلة أنه لا يمكن أن يملك إلا عن طريق الوصية، ولذلك لا شفعة له<sup>297</sup>، في حين يرى المالكية أن له حق الشفعة، لكن وليه لا يطالب له بها حتى يستهل صارخاً<sup>298</sup>.

وقد اختار المشرع المغربي مذهب المالكية واعتبر كل شريك شفيعاً في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 اقتداء بقول النبي ﷺ "الشريك شفيع والشفعة في كل شيء".

### المطلب الثاني: الشفيع شخص معنوي

لا مانع يمنع الشخص المعنوي<sup>299</sup> أو الاعتباري، أي، القانوني، أو مجموعة من الأشخاص أو الأموال كالجمعيات والشركات والمؤسسات الخاصة والعامّة

<sup>293</sup> = المغني م س

<sup>294</sup> = المغني م س

<sup>295</sup> = نوازل المهدي الوزاني 3 ص 133 - الزرقاني 6 ص 171 - الرهوني 6 ص 262

<sup>296</sup> = شرح العناية على الهداية 2 ص 313

<sup>297</sup> = الخطاب 5 ص 324

<sup>298</sup> = المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب 5 ص 98 لأبي العباس

أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن علي الونشريسي - ت 914 هـ -

<sup>299</sup> = حق الدولة في ممارسة حق الشفعة يتسم بصيغة دائمة بحكم مضمونها والهدف الذي استهدفه المشرع

من إعطاء الدولة ذلك الحق: قرار المجلس الأعلى عدد 342 في 11 غشت 1978 بمجلة القضاء

والقانون عدد 129 ص 174

والمرافق العمومية، إذا كان شريكا على الشباع، أو إذا اعتبره المشرع شفيعا، من استعمال حق الشفعة في أمواله الخاصة، سواء اعتمادا على صراحة القانون أو بالرجوع إلى الحمولة التاريخية للفظ الشفعة.

بالرغم من احتدام النقاش بين الفقهاء المالكية حول اعتبار الشخص المعنوي شفيعا:

- فذهب الإمام سحنون إلى أن للشخص المعنوي "كبيت مال المسلمين" أن يأخذ بالشفعة، أي ينشأ له حق ممارسة الشفعة إذا بيعت حصة من ملكه على الشباع،

- وذهب رأي آخر إلى أن "لا شفعة لناظر بيت المال أو أبو المواريث، لأنه إنما جعل ليحوز ما ضاعت أربابه فقط، أي في التركات الشاغرة،

فإن القضاء المغربي التقليدي جرى بالعمل بالشفعة للشخص المعنوي إذا كان شريكا على الشباع"<sup>300</sup>، ولا مانع من استمرار العمل به قانونيا. ومن الأمثلة التي ساقها الفقهاء فيه "أن تكون دار مشتركة بين مسلمين فباع أحدهما نصيبه، وارتد الآخر فقتل وورثه بيت المال، فيثبت له حق الشفعة"<sup>301</sup>.

ونظرا للدور الاقتصادي الأساس للعقار، العمود الفقري في كل تنمية بشرية واقتصادية وعمرانية، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية من منافسات ومضاربات ومانورات وهروب من أداء الضرائب والرسوم، فقد صدر القانون المالي لسنة 1973 ليخول الفصل 32 منه مؤسسات الدولة العامة صراحة حق ممارسة الشفعة، أي، أخذ الشيء المتصرف فيه بالأفضلية والأسبقية أو الأولوية،

<sup>300</sup> = حاشية الرهوني على الزرقاني م س ص 254

<sup>301</sup> = النوازل الصغرى للمهدي الوزاني 3 ص 432

كلما ظهر لها أن ثمن الصفقة كان صوريا، ورفض المعني بالأمر دفع الرسوم المحددة قانونيا اعتمادا على القيمة الحقيقية للشيء موضوع البيع<sup>302</sup>.

هذه التقنية ليس أساسها الاشتراك في رقة العقار ولا في منفعته، بل توجيه الأثمان والتدخل في المعاملات التجارية، وخاصة منها العقارية.

ورغم ما قد تثيره طبيعة هذا النوع من "الشفعة" من حيرة في تكييفها، وما قد تطرحه من نقاش بالنظر إلى الشفعة من زاوية الإرث والتراث التاريخيين، فإن هذه التقنية دليل على رغبة المشرع في فسح المجال أمام المؤسسات والأشخاص المعنوية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية والتجارية، والتصرفات القانونية، التي يمارسها الأشخاص الطبيعيين، ومصدر حكمه عموم الشريك في حديث الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، وأساسه عموم لفظ الشريك في النظرية المدنية، سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في القانون المطبق على العقارات المحفظة، لا فرق بين شريك طبيعي وشريك معنوي.

<sup>302</sup> = جاء في المادة 11 من مدونة 24 دجنبر 1958 المتعلقة بالتسجيل والتنبر "إذا قدم للتسجيل عقد لا يتضمن بيانا بالمبالغ أو القيم أو العناصر الأخرى اللازمة لتحديد وعاء الضريبة، فإن الأطراف ملزمون بتقديم تصريحات كتابية وموقع عليها أسفل العقد، وإلا فإن مبلغ الرسوم يقدر من طرف قابض التسجيل"

- وجاء أيضا في المادة 18 من نفس المدونة: "إذا وقع الاعتراف بالمرضاة، أو ثبت قضائيا، أن الطبيعة الحقيقية لعقد أو اتفاق ما قد أخفيت بكيفية تحول أداء رسوم أقل ارتفاعا، ألزم الأطراف على وجه التضامن بدفع الرسوم المحررة المضافة على أساس الطبيعة الحقيقية للعقد أو الاتفاق، وكذا الغرامة المقررة في الفقرة الثانية من المادة 41 بعده، مع الاحتفاظ بحقهم في الرجوع على بعضهم البعض."

## المبحث الثاني تزامم الشفعاء

أجاز الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود والفصلان 26 و 27 من ظهير 2 يونيه 1915 لجميع الشركاء الشفعاء، كل بقدر حصته، وإن أغفل المشرع عن النص فيه على كيفية ممارسة الحق فيها إذا تعدد الملاك، فإنه أقر صراحة في الفصل 30 من ظهير 2 يونيه " أن حقوق الأولوية في ممارستها يبقى العمل جاريا بما بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية"<sup>303</sup>، مما يقتضي البحث في قواعد توزيع المشفوع بين الشفعاء، وقواعد تطبيق حق الأولوية في الأخذ بالشفعة:

### المطلب الأول: قواعد توزيع المشفوع

أمام عدم وجود نص شرعي صريح في تبيان القواعد أو القاعدة الواجبة الاتباع في توزيع الحصة المشفوعة بين الشركاء في حالة تعدد الشفعاء، اختلف الاجتهاد الفقهي في الموضوع فوجد رأيان:

#### الفقرة الأولى: قاعدة التساوي

يذهب اتجاه فقهي يمثله النحعي والشعبي وابن أبي ليلى وابن شرملة والثوري وأصحاب الرأي، وإحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل إلى القول بتوزيع المشفوع بين متعددي الشفعاء بالتساوي. وفي رأيهم "لما كان كل شريك يحق له أن يشفع جميع ما اشتراه المشفوع منه فيما لو انفرد، فعندما يجتمعون يكونون متساوين في

<sup>303</sup> = قد يظن خطأ أن المشرع خانه التعبير فاستعمل لفظي "الشريعة الإسلامية" قاصداً بما قواعد الفقه الإسلامي المالكي، لكن الحقيقة أن المشرع دقيق في تعبيره وقصده، وفي إسناد قواعده، فقواعد الأولوية المقصودة، وتراتب الشفعاء، مستمدة من علم الفرائض وقواعد الميراث الشرعية.

هذا الحق فيقسم بينهم بالتساوي<sup>304</sup> أي إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على رؤوسهم، ولا اعتبار لاختلاف الأملاك. وينحو القانون العراقي هذا المنحى، فقد جاء في المادة 1131 منه "إذا تراحم الشركاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم بالتساوي".

#### الفقرة الثانية: قاعدة النسبية

توزع الحصة أو الحصص المشفوعة بين الشفعاء بنسبة حصص الشركاء أو أنصائبهم، لا فرق بين كون المشفوع فيه يقبل القسمة أو لا يقبلها. وهذا الرأي هو ظاهر المدونة والموطأ<sup>305</sup> وقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه<sup>306</sup>، والحسن وابن سيرين وعطاء وسوار والعنبري وإسحاق والشافعي، في أحد قوليه، وهو الصحيح في المذهب الحنبلي<sup>307</sup>.

ويحتاجون بثبوت الشفعة بالشتراك، وهي بمثابة الغلة والربح للشريك. وعند الفقهاء المالكية قال ابن عاصم:

والشركاء للشفيع وجبا أن يشفعوا معه بقدر الأنصاء.

وقال خليل "هي على الأنصاء وترك للشريك حصته"، مشيراً إلى أن المشفوع يوزع على الشركاء بنسبة حظ كل من الشفعاء إلى حظ الآخر، فقط، بقطع النظر عن الحظ المشفوع، إذا كان المشفوع منه أجنبياً. وتراعى نسبة حظ المشفوع منه إذا كان أحد الشركاء<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> = المغني 5 ص 523

<sup>305</sup> = الدسوقي 3 ص 486 - المغني 3 ص 338

<sup>306</sup> = التفريع 2 ص 299 لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب المصري 3 ص 335

<sup>307</sup> = فتح العزيز 11 ص 277 - المغني 3 ص 335 - محمد بن معجوز ص 277

<sup>308</sup> = سليمان الحمزاوي ص 46 - المغني 3 ص 337 - الدسوقي 3 ص 487 ويقول اللخمي: إن

الشفعة على الأنصاء فيما يقبل القسمة وعلى الرؤوس فيما لا يقبلها، انظر: الزرقاني علي خليل 6 ص

183 - وقرار عدد 207 في 8-12-1975. مجلة الحمامة ص 40 - السنة 4 يوليو 1978

والعبرة في تحديد ما يستحقه كل شريك بما يملكه يوم المطالبة بالشفعة وعلى أساسه توزيع الحصص المشفوعة<sup>309</sup>.

وقد أخذ المشرع المغربي بهذه القاعدة بالنص في الفصل 974 قانون الالتزامات والعقود على أن "لكل مالك على الشياح أن يشفع بنسبة حصته"، أي أن حق الشفعة يمارس من طرف جميع الشركاء في الشيء موضوع الشفعة، كل بقدر نصيبه، بتعبير الفصل 26 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 2 يونيو 1915. ويأخذ بهذا المبدأ، أيضاً، كل من القانون المدني المصري في المادة 937 كما يأخذ بها القانون المدني الليبي في المادة 941.

### المطلب الثاني: حق الأولوية في ممارسة الشفعة

تساءل الفقهاء التقليديون عما إذا كان الشفعاء متساوين في الاستشفاع أم أن بعضهم أولى من بعض، فاختلقت أجوبتهم حول مبادئ وقواعد حسم إشكالية تنازع أكثر من شريك حول كيفية الأخذ بالشفعة<sup>310</sup>، وكانت قواعد الميراث خلفية لتنظيمهم، واتحاد مدخل التملك سبباً له<sup>311</sup>:

#### الفقرة الأولى: مبادئ تطبيق قاعدة الأولوية

أثمر الاجتهاد الفقهي مبدئين اثنين:

<sup>309</sup> = الزرقاني على تحليل 6 ص 183 وقال: إن هذا هو المعتمد. ويتبادر منه أن هناك رأياً آخر يرى اعتبار نسبة الشريك يوم البيع، وعلى أساسها يقع توزيع المشفوع.

<sup>310</sup> = راجع المغني م س - الدسوقي م س

<sup>311</sup> = كما إذا اشترى ثلاثة أشخاص داراً مشاركة بينهم، أو وهبت داراً لإثنين، أو إذا مات شخص وخلف ابنين وبنات، فالأشخاص الثلاثة الأولين متساوين في المدخل لأنهم اشتروا الدار بعقد واحد، وبذلك يعتبرون متساوين في استحقاق الشفعة. وإذا باع أحدهم نصيبه فإن الإثنين يشفعان معاً، ولا يحق لأحدهم أن يستأثر بشفعة المبيع كله. وكذلك بالنسبة للحالة الثانية، لأن الموهوب له تجمعهما نفس الصفة، ونفس الشيء بالنسبة للحالة الثالثة لأن الإبنين والبنات ملكوا جميعاً العقار عن طريق الإرث بالتعصيب. راجع الدكتور بن معجوز م س ص 276

### أولاً: الشركاء يستحقون جميعاً الشفعة

ذهب جانب من الفقه يمثله أبو حنيفة والمزني والشافعي في المذهب الجديد إلى أن لا عبرة لأية صلة أو رابطة، بين الشركاء، مهما تكن في استحقاق الشفعة، لأن الشفعة تثبت عندهم لدفع ضرر الشريك عن شركائه، وهذا الضرر موجود في حق الكل، ولذلك يستحقون الشفعة جميعاً كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد<sup>312</sup>، أو ملك بعضهم بسبب وبعضهم بسبب آخر؛ ويرون "أن رجلاً لو اشترى نصف دار ثم اشترى أبناؤه نصفها الآخر أو ورثاه، أو وصل إليهما بسبب من أسباب كسب الملكية، فباع أحدهما نصيبه، وكذلك لو مات رجل وخلف ثلاثة بنين، فمات أحدهم عن ابنين فباع أحد العمين نصيبه، وكما لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباع إحدى الأختين أو البنتين نصيبها، فإن الشفعة بينهن جميعاً لأن العبرة بالشركة لا بسببها"<sup>313</sup>.

### ثانياً: الشريك الأخص يقدم على الشريك الأعم

يرى الإمام مالك والشافعي، في مذهبه القديم، أن الشريك الأخص أولى بالشفعة من الشريك الأعم الخارج عن الشركاء الذين تربطهم صلة أخص، لأنه أوثق صلة منه. ويحتاجان لذلك بأن الشريك الأخص أوثق صلة من الشريك الأعم لكونه يشترك مع غيره في سبب الملكية فضلاً عن الاشتراك في الملكية، ما يعطيه الأولوية على الشركاء الذين لا تربطهم به إلا رابطة الاشتراك؛ فإذا باعت إحدى زوجات المتوفى نصيبها من الشيء المشاع، وطلب جميع الشركاء بالشفعة، فإن الزوجتين الأخريين أحق بالشفعة ما يبيع من ذلك العقار. قال الإمام مالك: "في الرجل يورث الأرض نفراً من ولده، ثم ولد لأحد النفراً، ثم يهلك الأب فيبيع أحد

<sup>312</sup> = المغني 3 ص 336 - 337.

<sup>313</sup> = قارن بالرهوي 6 ص 296.



ولد الميت حقه في تلك الأرض، فإن أخ البائع أحق بشفعته من عمومته شركاء أبيه<sup>314</sup>.

### الفقرة الثانية: تطبيق حق الأولوية في المذهب المالكي

الأصل في المذهب المالكي أولوية الشريك الأخص بالشفعة من الشريك الأعم، ولذلك عمل المالكية على تقسيم الشركاء إلى مراتب، وأوجدوا قواعد لتطبيق هذا المبدأ:

#### أولاً: مراتب الشفعاء وقواعد تطبيق حق الأولوية أ- مراتب الشفعاء<sup>315</sup>

قد تختلف مراتب الشفعاء باختلاف وجوه وأسباب شركتهم مع البائع، بحيث يكون بعضهم مشاركا له إما في السهم أو مطلق الإرث أو في الأنصباء أو مشاركا للموروث، وهو أجنبي عن الشركة، أو يكون بعضهم أخص من البعض أو أعم منه بنسبة شركته له، ولذلك قسم الفقهاء المالكية الرواد الشركاء إلى أربعة مراتب:

#### المرتبة الأولى: الشركاء من النوع الأخص مع البائع في فرض

الشركاء من النوع الأخص أو الأقرب من البائع في إرث فرض أو سهم هم:

- 1- المتعدد من الزوجات.
- 2- المتعدد من البنات إذا لم يكن معهن أخ، أو بنات الابن إذا لم يكن معهن من يحجبهن.
- 3- المتعدد من الأخوات الشقيقات أو للأب إذا لم يوجد حاجب أو ذكر في درجتهم.

4- الإخوة للأم سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مختلطين.

5- الجداتان إذا لم يوجد من يحجبهما أو يحجب إحداهما.

<sup>314</sup> = الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي ص 505

<sup>315</sup> = راجع: الدكتور بن معجوز ص 283-305

6- بنت الإبن مع البنت والأخت للأب مع الأخت الشقيقة.

7- بنتا الإبن فأكثر مع البنت، وأختان للأب فأكثر مع الأخت الشقيقة.

فهؤلاء قد يشتركون في فرض واحد، ويعتبر أفراد كل فئة شركاء بالمعنى الأخص فيما بينهم، ويقدمون على أصحاب الفئات الأخرى في شفعة الحصة المنتقلة من الملك على الشيعاء<sup>316</sup>.

### المرتبة الثانية: الوارث في المشفوع الذي ورث فيه البائع

تشمل هذه الرتبة الشريك من النوع الخاص أو القريب، وهو الذي يرث حصة شائعة في المشفوع الذي ورث فيه البائع أيضا، بحيث يكون كل واحد منهما قد آل إليه نصيب فيه عن طريق الإرث من غير أن يجتمع مع البائع في سهم واحد وهم:

1- الورثة بفرض غير الفرض الذي ورث به البائع، كالزوج والأم والأخ من الأم. هؤلاء الورثة كل واحد منهم شريك خاص للآخرين، لأن كلا منهم يرث بفرض غير الفرض الذي ورث به الآخر.

2- الورثة بالتعصيب، ويجتمعون في مطلق الإرث كالأبناء والبنات؛ ومثله ما لو توفي شخص وترك خمسة أبناء وخمس بنات.

3- الورثة بعضهم بالفرض وبعضهم بالتعصيب ولا يجمعهم سهم واحد<sup>317</sup>.

<sup>316</sup> = عندما تتعدد بنات الابن مع البنت أو الأخوات للأب مع الأخت الشقيقة وتبيع البنت أو الأخت الشقيقة نصيبها فإن بنات الابن أو الأخوات للأب هن اللواتي يقدمن في الشفعة على بقية الورثة لأكن شريكات بالمعنى الأخص مع البنت والأخت الشقيقة من حيث أكن جميعا يشتركن في سهم واحد هو الثلثان. أما إذا باعت إحدى بنات الإبن أو إحدى الأخوات للأب نصيبها فإن بقية بنات الإبن أو الأخوات للأب يقدمن على غيرهن في الشفعة لأكن يشتركن في سهم واحد هو فرض السدس، فإذا تنازلن جميعا عن الشفعة فإن البنت أو الأخت الشقيقة هي التي تستحق الشفعة حينئذ لاشتراكها مع الباعة في سهم الثلثين.

<sup>317</sup> = لو مات وترك زوجة وبنتا وأخا وأختا فإن البنت ورثت بفرض والزوجة بفرض آخر والأخ والأخت عاصبان.

### المرتبة الثالثة: الشركاء بالمعنى العام البعيد

وهم الشركاء بالمعنى العام البعيد الذين يجتمعون مع البائع الذي آل إليه النصيب المبيع عن طريق الوصية أو التزليل. والشريك من هذا النوع يعتبر شريكا عاما لكل واحد من الورثة، لأنه لم يتلق نصيبه في المشفوع عن طريق الإرث. وإذا كان الموصى له أو المتزل متعددا اعتبر كل واحد منهم شريكا عاما لبقية الموصى لهم أو المتزلين كما لكل واحد من الورثة.

### المرتبة الرابعة: الشركاء بالمعنى الأعم

ويحتل هذه المرتبة الشركاء بالمعنى الأعم أو الأبعد الذين يشتركون مع البائع بخصه آلت إليهم عن غير طريق الإرث أو الوصية، بل عن طريق الشراء أو الهبة أو الصدقة من غير من سبق ذكرهم.

وتجدر الإشارة إلى أن كل من انتقل إليه نصيب من أحد أصحاب هذه المراتب الأربعة يتزل منزله ويعتبر خلفا له، سواء انتقل إليه هذا النصيب بإرث أو بمعارضة أو تبرع<sup>318</sup>. ويوجز الشيخ خليل هذه المراتب بقوله "وقدم مشاركته في السهم"، و"إن كأخت لأب أخذت سدسا ودخل على غيره كذي سهم على وارث، ووارث على موصى لهم ثم الوارث، ثم الأجنبي"<sup>319</sup>، فيجب له ما يجب للبائع ولو لم يبع له، فإذا كان الشراء على الشيعاء فإن المشتري يكتسب حق الشفعة الذي كان للبائع.

### ب - قواعد تطبيق حق الأولوية

إن تطبيق حق الأولوية في ممارسة الشفعة حسبما هو مستنتج من كلام الفقهاء المالكية والتطبيقات التي أوردوها في الموضوع يخضع للقواعد الآتية:

- 1- يقدم الشريك الأخص للبائع على الشريك الأعم.
- 2- يدخل الشريك الأخص مع الشريك الأعم، ولا عكس.

<sup>318</sup> = الونشريسي ص 100-102 - الرهوني ص 6 297

<sup>319</sup> = قرار عدد 64 في 14-11-1960-محكمة القضاء والقانون عدد 35-36 ص 254

3- يدخل صاحب الإرث بالفرض على صاحب الإرث بالتعصيب، ولا عكس. ويدخل الوارث مع الموصى له ولا عكس.

4- يقدم الشريك بالإرث على الشريك من غير الورثة.

5- يتزل خلف كل شريك منزلته، وينتقل إليه نفس الحق الذي كان لسلفه.

6- إذا تنازل المشاركون في السهم عن الشفعة انتقل الحق إلى من يليهم.

وبعبارة أخرى لممارسة حق الشفعة مراتب أربع، يقدم فيها ذوى الفروض ثم الموصى لهم ثم الأجانب، يدخل كل منهم على من بعده دون العكس. وإذا كان بعض الإشارك أحق بالشفعة من بعض، فليس للأبعد أن يأخذ حتى يوافق الأقرب على الأخذ. وينص المشرع المغربي صراحة في الفصل 30 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة على "أن حقوق الأولوية في ممارسة الشفعة يبقى العمل جاريا بها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

وإذا كان هذا الحكم لا يثير أية صعوبة أو إشكال عندما يكون الشفعاء كلهم مسلمين أو كلهم غير مسلمين، أو عندما يكون المشفوع منه أحد الشركاء، فإنه لا يبدو واضحا إذا كان الشفيع كافرا والمشتري مسلما أو العكس والبائع كذلك. والحكم كما يلي:

- إذا كان الشفيع والمشتري إما مسلمين وإما كافرين، أو الشفيع مسلما أو المشتري كافرا أو العكس. وفي وفي كل من هذه الصور الأربعة إما أن يكون البائع مسلما أو كافرا، حيث تكون الصور ثمانية، فيقضى بالشفعة اتفاقا في ست منها، وهي:

\* إذا كان الشفيع والمشتري مسلمين، أو الشفيع مسلما والمشتري كافرا أو العكس، وفي كل من هذه الصور الثلاثة إما أن يكون البائع مسلما أو كافرا.

\* أما إذا كان كل من المشتري والشفيع كافرا والبائع مسلما، فالمشهور فيها الشفعة.

\* وإذا كان كل من المشتري والشفيع والبائع كافرا فلا يقضى بالشفعة في هذه الصورة اتفاقا، إلا إذا تحاكموا إلى قاض مسلم<sup>320</sup>.

والحاصل أنه مهما كان الشفيع أو المشتري مسلما قضى بالشفعة اتفاقا<sup>321</sup>، رغم أن جانبا من الفقه المغربي<sup>322</sup> يرى "أن يشفع غير المسلم على قدر نصيبه، ويشفع الشريك الأخص من المسلمين الباقي".

وإذا كان الفصل 29 من ظهير 2 يونيو 1915 ينص على أن "كل شريك في الملك يشتري جزء من العقار يصبح مشاركا في ممارسة الأخذ بالشفعة كغير من باقي الشركاء بقدر الحصة التي كان يملكها قبل الشراء"، فإن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان هذا الشريك مساويا في الدرجة للشركاء الذين يطلبون الشفعة، أما إذا كان أولى منهم فلا يحق لهم أن يشفعوا من يده شيئا، كما أنهم إن كانوا أولى منه لا يلزمون بأن يتركوا له شيئا من الحصة التي اشتراها.

#### ثانيا: الشفعة بين مالك الرقبة ومالك الحق العيني

الأصل عند المالكية عدم ثبوت الشفعة بين مالك رقبة عقار وبين مالك لحق من الحقوق الملايسة لهذه الرقبة لانعدام الشركة بينهما.

أما المشرع المغربي فإنه لم يصرح بذلك، فقد نص الفصل 26 من ظهير 2 يونيو 1915 على أن حق الشفعة يمارس على نفس العقار من طرف الشركاء في حق عيني ولم يبين أن لمالك الرقبة الحق في شفعة ما باعه مالك الحق العيني الملايس لها أو العكس. وهذا الموقف جعل البعض يرى أن الحقوق العينية إذا انفصلت عن الرقبة الملايسة لها، بحيث تكون هذه الرقبة مملوكة لشخص أو أشخاص آخرين فلا شفعة لصاحب الحق العيني على صاحب الرقبة أو لهذا على ذلك، وإنما الشركاء في الرقبة يشفعون ما باعه شريكهم في الرقبة والشركاء في الحقوق العينية

<sup>320</sup> = أحكام الشفعة والصفقة ص 14 - 15

<sup>321</sup> = بناني على الزرقاني على خليل 6 ص 170

<sup>322</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 450-451

يشفعون ما باعه شريكهم فيها؛ غير أنه، ورغم بيانه في الفصل 25 ظهير 2 يونيو 1915 أن الشفيع هو من يملك مع آخرين على الشياخ إما عقارا وإما حقا عينيا عقاريا، وإشارته إلى الكيفية التي يمارس بها الشفعاء حقهم في الشفعة بالنسبة للعقارات في الفصل 26 منه، وبالنسبة للحقوق العينية العقارية في الفصل 27، وتكرار نفس الحكم في الفصلين الأخيرين منه، وكأنه يميز بين الشركاء في العقار والشركاء في الحق العيني، أو الشركاء في شيء والشركاء في حق من الحقوق التي يمكن أن تكون محلا لعقد البيع أو المعاوضة المنشئ للحق في شفعتها، لم يصرح بانتفاء أية علاقة تراحم أو تراتب بين هؤلاء وهؤلاء في ممارسة هذا الحق، خلافا لقواعد الفقه الملكي، كما لم يفصح في إقرار ذلك خلافا للقوانين الحديثة كالمادة 935 من القانون المدني المصري المطابقة للمادة 944 من القانون المدني الليبي والمدة 239 من القانون المدني اللبناني على التي تنص صراحة على "أن الحق في الشفعة يثبت:

أ- لمالك الرقبة إذا بيع كل الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

ب- للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار المشاع إلى أجنبي.

ج- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها".

وأمام سكوت الفصل 25 من ظهير يونيو 1915، يرى جانب من الفقه المغربي المعاصر أن يمارس مالك رقبة العقار الشفعة إذا بيع الحق العيني الملابس له كله أو بعضه ويمارسها صاحب الحق العيني إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها لحكمة جمع عناصر الملكية.

ونشاط هذا الاتجاه، لكن لا على أساس أن المشرع تبني موقف النظرية الحديثة التي تقرر الأخذ بالشفعة بين مالك رقبة العقار وبين مالك الحق العيني الملابس له فقط، بل أيضا على أساس عموم نص الفصل 25 المذكور وفلسفة المشرع وقصده من تقنين قواعد الشفعة، وتصور أن تتبع القواعد الآتية:

1- يشفع الشركاء في الرقبة ما باعه شريكهم فيها.

- 2- يشفع الشركاء في الحقوق العينية ما باعه شريكهم فيها.
  - 3- إذا لم يشفع الشركاء في الرقبة شفّع الشركاء في الحقوق العينية.
  - 4- إذا لم يشفع الشركاء في الحقوق العينية شفّع الشركاء في الرقبة.
- ويجد هذا الترتيب سنده في فلسفة المشرع وغايته المتمثلة في جمع عناصر الملكية، وكذا في خير عبد الملك بن أبي سليمان العزمي وخير الموطأ السابقين.

## الفرع الثاني المشفوع منه

المشفوع منه هو كل شخص تملك حصة أحد الشركاء على الشيوع في المنقول أو العقار نتيجة تصرف بعوض، سواء كان هذا الشخص من الغير أو كان من أحد الشركاء<sup>323</sup>، أو "هو الشخص الذي تستعمل الشفعة ضده ليأخذ الشفيع من يده النصيب الذي ملكه"، أي، "الشخص الذي انتقل إليه نصيب الشريك القديم وحل محله فيه. وبعبارة أخرى "هو من تملك بعوض حصة شائعة في عقار بصفة لازمة و اختيارية"<sup>324</sup>.

ومصطلح المشفوع منه في ضوء القانون المغربي غير دقيق، وله أكثر من معنى، ويعكس بصورة واضحة أخذ المشرع بقول الجمهور وبالقول الضعيف من أقوال الفقهاء المسلمين، وعدم التزامه كلياً بأحكام المذهب المالكي:

<sup>323</sup> = التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية ص 451 الدكتور مأمون الكزبري النجاح الجديدة

الدار البيضاء

<sup>324</sup> = الأستاذ سليمان الحمزاوي ص 20



## المبحث الأول المشفوع منه في قواعد الفقه

اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد صفة المشفوع منه في تيارين بارزين، أحدهما يرى أن المشفوع منه لا يمكن أن يكون إلا شخصا أجنبيا عن الشركاء، والثاني يذهب إلى أنه كل شخص انتقلت إليه حصة من الملك على الشيعاء.

### المطلب الأول: المشفوع منه "أجنبي"

يذهب الحسن والشعبي والبيتي وبعض الحنفية إلى أن المشفوع منه شخص غير شريك على الشيعاء الذي يبعث منه الحصة المشفوعة، وأجنبي عن الشركاء وليس واحدا منهم<sup>325</sup>.

ويستدل هذا الاتجاه بكون حق الشفعة مشروعا لدفع الضرر المحتمل الذي قد يلحق بالشركاء بدخول شريك أجنبي عنهم جديد وغير معروف. ويلاحظ أن أساس هذا الاتجاه مؤسس على مجرد التخمين، ولا يستقيم، إذ لا يتصور حصول الضرر إذا كان المالك الجديد للحصة أحد الشركاء. وهذا انتقاد سابق في تعريف الشفعة ولا حاجة لتكراره.

### المطلب الثاني: المشفوع منه شريك وغير شريك

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن المشفوع منه هو كل من انتقلت إليه حصة من الملك المشاع بعوض سواء كان شريكا أو غير شريك، حججهم:

<sup>325</sup> = المغني 3 ص 337

- 1- عموم الأخبار المنسوبة إلى الرسول الأمين ﷺ القاضية بالشفعة لكل شريك دون اعتبار لشخص أو صفة المشفوع منه، بحيث لا يهم أن يكون من الشركاء القدامى أو أجنبيا عنهم.
- 2- استحقاق الشركاء كلهم حق الشفعة بسبب الشركة عندما يقع انتقال حصة من الملك المشترك بعوض إلى مالك جديد، وهم متساوون في هذا الحق "وليس هناك ما يمنع أحدهم من استعمال حقه في الشفعة، ولا ما يستلزم استثنائه بالحصة التي يحق للجميع شفعتها".
- والواقع أن المذاهب الفقهية قد تمسكت كلها برأي الجمهور فثبتت للشركاء الحق في شفعة الحصة المنتقلة من الملك على الشياخ إلى مالك جديد أيا ما أو من كان، من هؤلاء الشركاء أو أجنبيا عنهم، طبيعيا أو اعتباريا.

## المبحث الثاني المشفوع منه في القواعد القانونية

يختلف حال المشفوع منه في قواعد القوانين العربية المعاصرة كحاله في القواعد الفقهية التقليدية.

### المطلب الأول: المشفوع منه في القانون المغربي

يختلف تحديد المشفوع منه في ظهير 13 غشت 1913 عنه في ظهير 2 يونيو 1915:

#### أولاً: في ظهير 13 غشت 1913 المنظم للالتزامات والعقود

ينص الفصل 974 منه على أنه: "إذا باع أحد المالكين على الشيع لأجنبي حصته الشائعة جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم... ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة".

المشفوع منه شخص أجنبي هو المتبادر من الفصل 974 المذكور، وهو خلاف القاعدة المالكية الجاري بها العمل، القاضية بثبوت الشفعة ضد كل من انتقلت إليه حصة من الملك على الشيع بمعاوضة.

ومفاده أن التقنين المغربي قد قيد استعمال حق الشفعة بقصره على حالة المعاوضة الحاصلة لغير المالك على الشيع، وبناء عليه، حكمت محكمة الاستئناف بالرباط "بعدم استحقاق الشفعة إلا عندما يباع العقار للغير، أي إلى شخص من غير الشركاء"<sup>326</sup>.

<sup>326</sup> = حكم بتاريخ 1 يونيو 1945: انظره بمؤلف الدكتور الكزبري م س 2 ص 181

لكن القضاء المغربي المتجذر في مالكيته عاد في قرار للمجلس الأعلى إلى التقرير بأن "الفقه الإسلامي لا يمنع الأخذ بالشفعة من يد الشريك، ولا يقيم أي تفرقة بين الشفعة من الشريك والشفعة من الأجنبي، وأن القواعد الفقهية المتعلقة بالشفعة المذكورة هي التي دونها المشرع في الفصول 25 وما بعده من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقار المحفظ، وأن المراد بعبارة "الغير" الواردة في الفصل 25 من القانون المذكور و"الأجنبي" الواردة في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود، ليس الأجنبي عن العقار، وإنما الأجنبي عن عقد البيع، فالشفيع والمشفوع منه يعتبر كل منهما غيرا بالنسبة للآخر فيما يخص عقد البيع"<sup>327</sup>.

والحقيقة أن تأويل المجلس الأعلى للفظ الأجنبي، وإن يبدو مفيدا من الناحية النظرية، يبقى مجرد مناورة للالتفاف حول مقصود المشرع، لا يسعفها لا منطوق الفصل المذكور ولا مفهومه.

### ثانيا: في ظهير 2 يونيو 1915 الخاص بالعقار المحفظ

يتبين من الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 المعرب أن الشريك يأخذ الحصة بدلا من مشتريها بغض النظر عن سن أو وصف أو دين هذا المشتري، سيرا على القاعدة المالكية القاضية بالشفعة ضد كل من انتقلت إليه الحصة المشاعة بعوض، سواء كان شريكا في ذلك العقار قبل ذلك، أو لم يكن شريكا فيه بأن كان أجنبيا عن الشركاء. وبالرغم من أن الأصل الفرنسي للفصل 25 المذكور ينص على أن "الشفعة هي الحق الثابت لكل شريك في أخذ الحصة المباعة للغير"، ومقتضاه أن الشفعة لا تستعمل إلا ضد الأجنبي، بحيث إذا انتقلت الحصة المشاعة إلى أحد الشركاء فإن الباقي لا يثبت لهم الحق في الشفعة كما في الفصل 974

<sup>327</sup> = قرار عدد 322 بتاريخ 26-4-1978. بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 أكتوبر 1980

قانون الالتزامات؛ غير أن القضاء المغربي قد تشبث بالقاعدة المالكية القاضية بالشفعة ضد الشريك وغير الشريك<sup>328</sup>.

### المطلب الثاني: المشفوع منه في القوانين المقارنة

المشفوع منه في قوانين كل من مصر وليبيا ولبنان، شخص أجنبي عن الشركاء، وليس شريكا معهم على الشيعاء. فهذه القوانين تقرر صراحة بأن الشفعة لا تنشأ إلا عند ما تنتقل الحصة الشائعة إلى شخص أجنبي. فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة 936 من القانون المدني المصري النص على أن "للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي"، وهو نفس نص الفقرة الثانية من المادة 940 من القانون المدني الليبي الذي يقرب منه نص الفقرة الثانية من قانون الملكية العقارية اللبنانية.

ولا يخفى أن هذا الاتجاه دافعه الالتزام المقدس بقواعد المذهب الحنفي، ولذلك جاء في حكم محكمة بداية بيروت اللبنانية المختلطة "أن لفظة الشخص الثالث الواردة بالمادة 238 من قانون الملكية العقارية لا تعني الشريك في الملك بل الشخص الأجنبي، ولذلك لا يستعمل حق الشفعة ضد الشريك بالملك"<sup>329</sup>.

ويبرر البعض هذا الحكم بأن مشرعي القوانين العربية يمكن أن يكونوا قد تأثروا فيما قرروه من أن حق الشفعة لا يثبت إلا ضد الأجنبي بالقانون الفرنسي الذي يعطي الحق للورثة فيما إذا باع أحدهم حصته في التركة للأجنبي في أن يستردوا تلك الحصة من مشتريها، تفاديا للمضايقات التي يمكن أن تلحقهم من دخول ذلك الأجنبي معهم في الملك، والاطلاع على أسرارهم<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> = قرار المجلس الأعلى في 26-4-1978. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26-73 أكتوبر 1980

<sup>329</sup> = حكم محكمة بيروت بتاريخ 30 يونيو 1938 انظره في الوسيط م س

<sup>330</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 196

والواقع أن التبرير السابق مجرد زعم يدحضه سبق قواعد الفقه الإسلامي  
القانون الفرنسي إليه بعدة قرون. والحقيقة أن القانون الفرنسي هو المقتبس  
الناقل.

## الفصل الثاني نطاق الأموال

الجانب المالي في خطاب الشفعة يتفرع إلى المال المشفوع وإلى المال المشفوع به. غير أن هذا الجانب أثار حول طبيعته ونوعه جدلا فقهيًا حادا، مرجعه بطبيعة الحال، النص المستنبط منه، وما يتضمنه من خوارم سبقت الإشارة إليها. ولكي نلم بالإشكالية نتناول البحث في هذا الفصل في فرعين: نستعرض في الأول المشفوع، وفي الثاني المشفوع به:

## الفرع الثاني المشفوع

المشفوع في النظرية العامة للالتزامات هو عين الشيء أو الحق محل التزام البائع أو المعاوض. والأشياء كموضوع مباشر لحق الشفعة الذي تقع عليه الدعاوى بلغة القانون<sup>331</sup>، هي أموال مشتركة من جهة الأشخاص فيها، مادية كانت أو مجردة. والشفعة لا تكون في الحصة المبيعة من الملك على الشيعاء فقط، ولكنها تمتد بقوة القانون إلى ما يدخل فيها باعتباره من توابعها؛ بل يصح أن تكون في توابع الحصة المشاعة وحدها إذا بيعت مستقلة عنها.

ويترتب على ذلك أن المشفوع في ضوء التشريع المغربي قد يكون منقولاً وقد يكون عقاراً أو حقاً عينياً أو حتى حقاً معنوياً مجرداً غير متقرر، أي، غير قائم بمكان يدركه الحس، كما في الحديث النبوي الشريف القاضي بالشفعة في كل شيء. وتعبير أدق، إن المشفوع في ضوء التشريع المغربي إما أن يكون حصة من شيء، وإما أن يكون حصة من حق.

<sup>331</sup> = راجع: الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي م س 2 ص 318 . وقد تواتر مصطلح الشيء كثيراً في الفصول المنظمة للبيع وللشفعة بالنسبة لتواتر مصطلح الحق. ولعل السبب في جعل واضعي قانون الالتزامات والعقود يؤثرون، أو على الأقل، يكثرون من استعمال مصطلح الشيء بدل الحق، يرجع إلى تشبعهم بالفكر القانوني اللاتيني، الفرنسي منه على الخصوص، فاقتصر على استعمال الشيء احتراماً لمادة لغوية قديمة، لأنه في الأصل لم يكن للبيع أن يتعلق إلا بشيء مادي، ولم يكن له أن يشكل إلا حوالة حق الملكية بالمعنى الحقيقي، ذلك الحق العيني المنصب على شيء مادي. لكن لما لا يكون واضعو القانون المغربي قد اقتبسوه من الأصل السني "الشفعة في كل شيء".

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الحق الذي للشخص على الشيء هو الذي يشكل موضوع المبيع، وبالتالي موضوع الشفعة وليس الشيء في حد.



## المبحث الأول الحصة من الشيء على الشياع

المقصود بالشيء هو كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص كالأرض والبناء والحيوان وغيرها مما لا يجرد الحصر. وليس حتما أن يكون الشيء موضوع الحق ماديا، أي يشغل حيزا، ويعرف بالحواس، بل يمكن أن يكون شيئا معنويا غير محسوس<sup>332</sup>، إذ لا يخفى أن الشفعة في التشريع المغربي تقع على ما يقع عليه عقد البيع أو المعاوضة منقولا كان أو عقارا.

### المطلب الأول: الحصة من العقار

لم يعرف المشرع العقار في نظرية الالتزامات، لكنه خصص القسم الأول من ظهير 2 يونيو 1915 للعقارات فاعتبر في الفصل 5 منه "الأموال عقارات إما بطبيعتها أو بالتخصيص أو بالمحل الذي تنسحب عليه"، كما اعتبر في الفصل 6 منه بأنه "الأراضي والبنائات وكذا الآلات والمنشآت المثبتة ببناء أو أعمدة والمدججة في بناية أو في الأرض، والمحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها، وثمار الأشجار التي لما تجن، والغابات التي لما تقطع أشجارها، عقارات بالطبيعة". وعرف في الفصل 7 منه العقارات بالتخصيص بأنها "الأشياء التي جعلها المالك بأرضه لمصلحة هذه الأرض واستغلالها، وكذا جميع الأشياء المنقولة الملحقة بالملك بصورة دائمة"، وفصل الحقوق العينية في الفصل 8 منه.

وبخلاف أصله لم يميز القانون المغربي بين العقار المنقسم والعقار غير المنقسم في ثبوت الشفعة للشريك فيه، واعتبر العقار وما يدمج فيه عقارا بالطبيعة، ومد

<sup>332</sup> = الدكتور إدريس العلوي العبدلاوي ص2 318 - السنهوري ص8 14- 20 - الكزبري ص 173

حكمه إلى العقار بالتخصيص ولو كان منقولاً على حاله أو منقولاً بحسب المآل والمصير، سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في القانون الخاص بالعقار المحفظ.

### أولاً: الحصة من العقار بالطبيعة

يعرف العقار بأنه الشيء المستقر بجزئه الثابت فيه، الذي لا يمكن نقله منه بدون تلف أو تغيير في صورته أو شكله. بمعنى أن العقار بالطبيعة هو الأرض والمباني والبنيات، وهو مقصود الفقهاء المالكية بالأصول وهي:

#### 1- الأرض

ترد الشفعة في الأرض، بجميع أنواعها، سواء كانت معدة للبناء أو للزرع أو الغرس، أو لم تعد لهذا الغرض أو ذلك، سطحتها دون ما يقام فوقه من مبان أو منشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر، وجوفها بكل عناصره المختلفة من صخور وأحجار أو تربة ورمال ومعادن.

#### 2- المباني

يخضع كل ما ينشئه الإنسان على سطح الأرض أو في جوفها من مباني إذا اندمجت فيها وأصبحت ثابتة ومستقرة لحكم الشفعة. وتعتبر من المباني المنازل والمخازن والمصانع والجسور والخزانات ولا تقتصر صفة البناء على العقار، بل تلحق أيضاً جميع أجزاء البناء التي تكمله بحيث لا يعتبر تاماً بغيرها كالأبواب والنوافذ والمصاعد الكهربائية وأنابيب الماء.<sup>333</sup>

#### 3- النباتات والثمار

تثبت الشفعة في كل ما ينبت على سطح الأرض سواء بفعل الطبيعة كالغابات أو بفعل الإنسان كالزرع والغراس المثبتة بالأرض ولا يمكن نقلها بدون تلف، لأن كل الثمار والمحصولات والمزروعات التي تنبت مباشرة في الأرض وتنفذ جذورها

<sup>333</sup> = الدكتور إدريس العلوي العبدلوي م س ص 336

فيها تعتبر عقارا بطبيعته، بل حتى لو قطعت أو فصلت عنها وأصبحت منقولات لفقدانها عنصر الثبات والاستقرار.

وسواء اعتبرنا المحصولات الزراعية والثمار عقارا بالطبيعة أو منقولا بحسب المآل والمصير، يصح الأخذ فيها الشفعة لكونها مصلحة للشركاء لأنها تبعد عنهم كثيرا من الأضرار، سواء بيعت مع العقار الذي أنتجها، أو بيعت وحدها مستقلة، وسواء كانت الثمار خريفية أو صيفية، لعدم ورود أي تحديد من المشرع في هذا الشأن.

### ثانيا: الحصة من العقار بالتخصيص

عرفت المادة 7 من ظهير 19 رجب 1333 المعدل بظهير 30 صفر 1351 الموافق 6 يوليوز 1932 العقارات بالتخصيص بأنها "الأشياء التي جعلها المالك بأرضه لمصلحة هذه الأرض واستغلالها، وكذا الشأن في جميع الأشياء المنقولة الملحقة بالملك بصفة دائمة"<sup>334</sup>.

يتضح مما سبق أن العقار بالتخصيص الذي ترد فيه الشفعة شيء منقول بطبيعته، وهو عقار حكما لا حقيقة، شريطة أن يكون مخصصا لخدمة العقار بصورة ذاتية ليست عرضية، وأن يكونا في ملكية مالك واحد، ومثلها الدواب المخصصة لحرث الأرض وآلات الحرث والدراس التقليدية والعصرية والسيارات والطائرات<sup>335</sup>، كذلك المنقولات الملحقة بالجبس أو بالإسمنت، وأنه لا يشترط أن يكون هذا المنقول ضروريا لخدمة العقار واستغلاله حتى ترد فيه الشفعة، بل يكفي أن يُخصص لهذه الخدمة أو الاستغلال، ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي

<sup>334</sup> = نص المادة 84 من القانون المدني السوري أن العقار بالتخصيص هو "المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله" وهو نفس ما نصت عليه المادة 82 من القانون المدني المصري. كما عرفته المادة 524 من القانون المدني الفرنسي بأنه "الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة هذا العقار واستغلاله".

<sup>335</sup> = الوسيط في شرح القانون المدني م س ص 32

ذلك. ويفهم منه أن لا شيء يمنع من أن تخضع المنقولات للشفعة، ولو لم تكن مخصصة لخدمة العقار، لولا تحكم العقل وابتعاده عن المصدر الشرعي الديني، حيث الشفعة في كل مال مشترك أو في كل شيء، أو قل في كل ما لم يقسم.

### المطلب الثاني: الحصاة من المنقول

خالفا للجمهور تبين المشرع المغربي مذهب الظاهرية في الأخذ بالشفعة في الأشياء المنقولة، أي، أن الشفعة ترد في كل شيء غير مستقر بحيز ثابت يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف من الكائنات الحية التي تتحرك بذاتها أو الجمادات التي يمكن نقلها من مكان إلى مكان. والمشفوع من المنقولات هو كل حصاة شائعة انتقلت إلى مال جديد عن طريق البيع أو المعاوضة سواء كانت عبارة عن جزء مشاع من عقار أو من غير العقار كمتجر أو طائرة أو سفينة أو شاحنة أو سيارة أو كتاب أو حلي أو حيوان أو ثمار. وتمتد صفة المشفوع إلى ما يدخل في هذه الحصاة باعتباره من توابعها.

ويعنى آخر، يعد مشفوعا جميع الأشياء التي تعد من ذلك المال الشائع، وإن كانت منفصلة عنه. فلو فرضنا أن شخصين أو أكثر يملكان سفينة على وجه الشياح فإن الأدوات التي تكون فيها ولازمة لإصلاحها وتسييرها، وكذلك الأثاث الذي يوجد في مكاتبها وبيوتها وعنابرها ومطابخها من أوان ومقاعد وفراش وغير ذلك، يعتبر كله من توابع السفينة. فإذا باع أحد المالكين على الشياح حصته في السفينة أو الطائرة بما فيها التوابع فإن للشركاء الآخرين أن يشفوعوا جميع ما اشتمل عليه عقد البيع من الحصاة التي في السفينة نفسها من توابع تلك الحصاة أي نصيبها مما تجهزت به السفينة. وإذا استعمل الشريك حق الشفعة في الحصاة المشاعة نفسها فإن ذلك يعتبر استعمالا منه لها في تلك التوابع أيضا ولو لم يقع نص على ذلك، ولا يحق للمشفوع منه أن يتمتع من تمكينه من شفعة الحصاة 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، إلا إذا بيعت التوابع مستقلة عنها<sup>336</sup>.

---

<sup>336</sup> = الفصل 975 من قانون الالتزامات والعقود: "لا تكون الشفعة فقط في الحصة المبيعة من الملك على الشياخ ولكنها تمتد أيضا بقوة القانون إلى ما يدخل في هذه الحصة باعتباره من توابعها، ويجوز أن تكون الشفعة في توابع الحصة المشاعة وحدها إذا بيعت مستقلة عنها".

## المبحث الثاني الحصة من الحق على الشيع

يلزم في الحق ليكون موضوعا للشفعة كونه ذا قيمة مالية، عينيا كان أو معنويا أو ذهنيا:

### المطلب الأول: الحصة من الحقوق العينية

الحقوق العينية أو العقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه حقوق تقع على الأشياء العقارية. وقد عددها الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 وحصرها في حق الملكية وحقوق الإرفاق. وتمثل هذه الحقوق في حق الانتفاع والأحباس وحق الاستعمال والسكنى والكرء الطويل الأمد وحق السطحية والرهن الحيازي والتكاليف العقارية والامتيازات والرهن الرسمية والحقوق العرفية الإسلامية كالجزاء والاستئجار والجلسة والزينة والهواء والدعاوى العقارية. وبالرجوع إلى المؤلفات الفقهية في الموضوع، يتبين أن الفقهاء المسلمين عرفوا أربعة أنواع من الارتفاق<sup>337</sup>، وهي حق الشرب وحق المرور والمجرى والمسيل وحق التعلي وحق الحائط المشترك.

<sup>337</sup> = حق الارتفاق يتصل بالعقار المرتفق ويتبعه ولا ينفصل عنه، ولا يتبع مالك ذلك العقار، بحيث أن حق المرور عندما يقرر على عقار لفائدة عقار آخر لا منفذ له إلا الطريق العام يتبع العقار المرتفق، وإذا بيع هذا العقار أو فوته صاحبه، فإن حق المرور يتبعه ويستفيد منه المالك الجديد. وعليه فإن الشفعة في حق الارتفاق لا تتصور إلا بالتبعية للشفعة في العقار المرتفق، ولا تتصور في حق الارتفاق وحده، لأنه لا يمكن لصاحب العقار المرتفق أن يتصرف في الارتفاق وحده. وحقوق الارتفاق هي القيود الموضوعة على حق الملك، وقد قسمها الرومان إلى حقوق ارتفاق عينية *servitudes prédiales* وحقوق ارتفاق شخصية *servitudes personnelles*. وحقوق الارتفاق المقررة على عقار ما لمصلحة عقار آخر هي حقوق ارتفاق عينية؛ ومثاله حق المرور وحق الشرب. وحقوق الارتفاق المقررة لمصلحة

وقد ثار خلاف هام بينهم حول ما إذا كانت هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر، أم أنها واردة على سبيل المثال، وبالتالي يجوز استحداث غيرها من الحقوق مع تطور الزمان وجريان العرف بين الناس، ففي حين ذهب الأحناف إلى تحديد حقوق الارتفاق في الأنواع السابقة فقط على سبيل الحصر، ومنعوا إنشاء أخرى، لا بعقد معاوضة، ولا بعقد تبرع، ذهب الحنابلة والمالكية إلى أن هذه الحقوق ليست محددة، بل يجوز للمالك أن ينشئ على عقاره ما يشاء من حقوق الارتفاق لمصلحة عقار غيره سواء بمقابل أو بتبرع.

ولا شك أن هذا الاتجاه فيه من التوسعة على العباد والرحمة بهم، ومسايرة تطورات الزمان التي قد تظهر من أوضاع وعلاقات تحتاج إلى حقوق ارتفاق لم تكن موجودة سلفاً، ما يجعله أفضل وأعدل. ومثال ذلك شركات البناء وتقسيم الأراضي الحديثة التي تباع العقارات مع تحميلها بارتفاقات بعدم التعليق عن طابق معين وعدم البناء إلا على مساحة معينة من الأرض وضرورة المحافظة على الرونق والتنسيق والنظافة، وهي جميعاً أمور مفيدة للمصلحة العامة والخاصة.

---

شخص ما، هي حقوق ارتفاق شخصية، ومثلها حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى. وهذه الحقوق، من شخصية وعينية، تزول في حالة اندماج حق الملك بحق الارتفاق. وتبقى حقوق الارتفاق العينية ما بقي العقاران، ولا عبرة لتغير مالكيها. أما حقوق الارتفاق الشخصية فهي حقوق مؤقتة، وتنتهي بوفاة المنتفعين. وهي غير قابلة للانتقال بالوراثة. فالمنتفع هو الذي يرفع الدعوى العينية التي تحمي حقه، وهو مسئول أمام مالك الرقبة. ونشير إلى أن حق الارتفاق هو تكليف أو قيد يرد على عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص آخر. بمعنى أن حق الارتفاق هو حق يحصل عليه شخص على عقار مملوك لشخص آخر بقصد تسهيل حسن انتفاع الشخص الأول بملكه وعدم إصابته بالأضرار. ومثاله أن يوجد عقار محبوس عن الطريق العام أو عن مجرى المياه فيحصل مالكة على حق للمرور أو جلب المياه أو لصرفها عن طريق عقار الجار الملاصق له تجنباً للضرر لقول الرسول ﷺ "لا ضرر ولا ضرار" قال ابن عاصم:

إرفاق جار حسن للجار      بمسقى أو طريق أو جوار  
والحد في ذلك إن حد اقتضى      وعد في إرفاقه كالسلف

ولما كانت بعض هذه الحقوق مما لا يمكن أن يتصرف فيها بالإجارة أو بالبيع للغير، فإن البحث يكفي بتناول الحقوق العينية العقارية التي تكون موضوعا للشفعة وهي حق ملكية العقار<sup>339</sup> وحق الانتفاع به<sup>340</sup> وحق الأقباس<sup>341</sup> وحق الكراء الطويل الأمد<sup>342</sup> وحق السطحية<sup>343</sup> والرهن الحيازي<sup>344</sup> والحقوق العرفية الإسلامية.

### أولاً: الشفعة في حق الانتفاع بالعقار

ينشأ حق الانتفاع<sup>345</sup> بإرادة الأطراف كما قد ينشأ بقوة القانون. وقد نظم المشرع ابتداء من الفصل 38 إلى غاية الفصل 72 من ظهير 2 يونيو 1915 حقوق والتزامات المنتفع وطريقة انتهاء هذا الحق. وإذا كان هذا الحق مشتركاً على الشياخ أصبح، وفقاً للقاعدة العامة، موضوعاً للشفعة، وينشأ ببيع أحد الشركاء فيه حصته حق الشفعة لشركائه، ويحق لهم وفقاً لمقتضيات الفصل 27

<sup>339</sup> = الفصل 9 قانون الالتزامات والعقود: "الملكية العقارية هي حق التمتع والتصرف في عقار بطبيعته أو بالتخصيص على أن لا يستعمل هذا الحق استعمالاً تمنعه القوانين أو الأنظمة

<sup>340</sup> = الفصل 35 قانون الالتزامات والعقود: "الانتفاع حق عيني في التمتع بعقار على ملك الغير ينقضي لزوماً بموت المنتفع".

<sup>341</sup> = الفصل 73 قانون الالتزامات: "الحبس أموال أوقفها المحبس المسلم ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس.

<sup>342</sup> = الفصل 97 قانون الالتزامات والعقود: "إن الكراء الطويل الأمد للأموال الثابتة يخول المستأجر حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي، ويمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري".

<sup>343</sup> = الفصل 97 "إن حق السطحية حق عيني عقاري قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير".

<sup>344</sup> = الفصل 1170 قانون الالتزامات والعقود: "الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين، أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئاً منقولاً أو عقارياً أو حقاً معنوياً لضمان الالتزام، وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين".

<sup>345</sup> = كما لو تمت وصية لأربعة أشخاص بحق الانتفاع بمنزلة ضيقة لمدة أربعين سنة، فهؤلاء الموصى لهم الأربعة شركاء على الشياخ في تلك المنفعة طول تلك المدة، فإذا باع أحدهم نصيبه نشأ للآخرين حق الشفعة.



من الظهير المذكور أن يمارسوه بنفس الشروط التي يمارس بها من طرف الشركاء في العقار المشترك.

### ثانياً: الشفعة في الأحباس

الأحباس<sup>346</sup> أو الأوقاف الإسلامية تبرع بمنفعة شيء مع منع تفويت رقبته أبداً أو لمدة مؤقتة.

وقد يكون الحبس عاما إذا كانت منفعته عائدة لجهة عامة كجهات البر والاحسان، أو خاصا منفعته عائدة إلى جهة خاصة<sup>327</sup>. ومادام الحبس ينصب مبدئيا على منفعة العقار فقط دون رقبته، فإن الفقهاء المالكية لا يعتبرونه محلا للشفعة<sup>328</sup>، لكنهم تصوروا الشفعة فيه في الفرضيات التالية<sup>329</sup>:

- إذا حبس شخص نصيبه على أشخاص أو جهة معينة واشترط أن يعود إليه ذلك النصيب بعد مدة محددة فيبيع أحد الشركاء نصيبه قبل انتهاء تلك المدة، فإن لهذا الحبس أن يشفع من المشتري ذلك النصيب سواء أراد أن يحتفظ به أو أراد أن يخبسه فيما حبس فيه نصيبه الأول أو في غيره.

- إذا حبس شخص نصيبه على أشخاص أو على جهة معينة واشترط أن يعود ذلك النصيب بعد مدة محددة إلى شخص آخر، وخلال مدة الحبس يبيع أحد

<sup>346</sup> = الحبس أن يخبس ملكية أموال معينة سواء كانت عقارات أم منقولات مثل الأراضي والطرق والكتب وغيرها، فتخرج ملكيتها عن ملكية الأشخاص، وتصبح في حكم ملك الله، ويعود دخلها والمنفعة منها إلى الأغراض المعنية في عقد التحبيس، لمصلحة جهة خيرية كالمستشفيات والمدارس، أو لمصلحة شخص معين. وقد انقسم الفقه الإسلامي حول مدى لزوم الوقف إلى رأيين.

<sup>327</sup> = انظر: مبادئ وأحكام القضاء للصادق السايح. مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب العددين

5 و 6 ص 119

<sup>328</sup> = يعلل الخنابلة والشافعية عدم ثبوت الشفعة في الأحباس بأن الحبس عليه يعتبر غير مالك لأن الحبس غير مملوك لأحد.

<sup>329</sup> = راجع الدكتور محمد بن معجوز م س

الشركاء نصيبه فيحق للشخص الذي سيؤول إليه ذلك النصيب أن يشفع لأنه سيصير شريكاً.

- إذا حبس شخص نصيبه على أشخاص أو على جهة معينة واشترط أن يصبح المحبس عليهم أو أحدهم بعد مدة محددة مالكا لذلك النصيب المحبس من الملك المشترك ملكية تامة فيجوز هذا المحبس أن يشفع ما باعه شريكه.

والواقع أن هذه الفرضيات تخالف ما ثبت عند المالكية من وجوب كون الشركة ثابتة يوم الطلب بالشفعة، أو على الأقل يوم الحكم بها في نظر بعضهم.

وإذا كان المالكية يرون أن الشفعة في الحبس إنما تثبت لمالك الرقبة دون مالك المنفعة فإن هذا الحكم لا يطبق في ضوء القانون العقاري المغربي إذ يقصر المشرع الشفعة على مالك الرقبة وإنما أثبتها لصاحب الحق العيني، وبذلك ينشأ للمالكين على الشيعاء لمنفعة عقار محبس عليهم حق شفعة ما يباع من حصة أحد المتفعين.

### ثالثاً: الكراء الطويل الأمد

تجدر الإشارة إلى أن الكراء الذي تثبت فيه الشفعة في ظل الظهير الصادر في 2 يونيو 1915 هو الكراء الطويل الأمد الذي تتجاوز مدته ثمانية عشر عاماً دون العادي<sup>350</sup> للعقار غير المحفظ الذي تثبت، وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي، فيه الشفعة. فإذا كان الكراء الطويل الأمد منصبا على عقار محفظ مشترك بين عدة أشخاص وباع أحد المشتركين حصته فيه جاز للآخرين ممارسة الحق الناشيء لهم كل بقدر نصيبه.

<sup>350</sup> = الفصل 627 من قانون الالتزامات والعقود يعرف الكراء العادي بأنه: "عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له". ويطلق عليه المشرع المغربي لفظ الإجارة فقد جاء في الفصل 626 من قانون الالتزامات والعقود "الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل".

وقد يتبادر إلى الذهن أن الشريك في العقار المحفظ لا يجوز له فيما إذا أكرى شريكه حصته أن يشفع هذا الكراء لأن القانون المطبق على العقارات المحفظة لا يجيز الشفعة إلا بالبيع، لكن الواقع خلاف ذلك لسببين:

- لأن المشرع نص صراحة على وجوب الشفعة في الحقوق العينية والكراء الطويل الأمد واحد منها، - لأن المشرع استعمل لفظ البيع بمعناه العام، كما سبق، فضلا عن أن الكراء يعتبر بمثابة بيع المنفعة، ويسري عليه جميع ما يسري على عقد البيع، كل ما بينهما من خلاف، هو أن البيع يطلق على تفويت الرقبة، بينما يطلق الكراء على تفويت المنفعة لمدة<sup>351</sup>.

#### رابعاً: الشفعة في حق السطحية

حق السطحية إما ملكية بنايات، وإما ملكية أغراس فوق ملك الغير، ولصاحبه أن "يفوته في أي وقت وأن يرهنه رهنا رسمياً<sup>352</sup>. وإذا كان حق السطحية منصبا على دار الشيع لأشخاص متعددين، وباع أحدهم حصته من ذلك الحق فإن للآخرين أن يشفعوها. فلو فرضنا أن عدة أشخاص يملكون على الشيع سطح منزل وباع أحدهم حصته في هذا الحق فإن للآخرين أن يشفعوها ممن شراها.

#### خامساً: الشفعة في الرهن الحيازي

الرهن الحيازي إما أن يكون ضمنا لسلف ولا شفعة فيه لأنه سلف بمنفعة، وإما أن يكون ضمنا لدين ناشئ عن معاوضة حيث يمكن للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون كأن يسكن الدار المرهونة أو يأخذ ثمار الأشجار خلال مدة الرهن فتكون فيه الشفعة.

<sup>351</sup> = الدكتور بن معجوز م ص 443

<sup>352</sup> = ينص الفصل 98 ظهير 2 - 6 - 1915: إن من له حق السطحية يمكنه في أي وقت أن يفوته وأن يرهنه رهنا رسمياً.

وهذا الحكم لا يمكن تصوره في ظل القانون المغربي، إذ لا يحق للمرتهن أن يستفيد من الشيء المرهون منقولا كان أو عقارا محفظا أو غير محفظ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة؛ فإذا كان كذلك -أي يضمن دينا ناشئا عن معاملة- وكان مشتركا وباع أحد الشركاء حصته فيه جاز لباقي الملاكين أن يمارسوا حقهم في الشفعة وفقا للقواعد العامة. وقد جرى العمل بالشفعة في الرهن الحيازي بفاس بناء على ما جرى به في الكراء، لأن الرهن بمثابة الكراء.

وتتصور الشفعة في ضوء التشريع المغربي في الرهن كما إذا فوت منقول أو عقار بتمن مؤجل فيضع المفوت بين يدي المفوت إليه بعوض رهنا على نصيبه من عقار مشاع، فيستقل الدائن المرهن باستغلال حصة الراهن ريثما يقبض ثمن المبيع.

#### سادسا: الشفعة في حقوق المنفعة

حقوق المنفعة أو الحقوق العرفية الإسلامية، كما سماها المشرع المغربي، اجتهاد مغربي محض، وتقليد متوارث، لا أصل لها في اجتهاد الأئمة المشاركة، أصلها الفقهاء المغاربة الرواد في ضوء نظرية المقاصد. قال الناظم:

والجلسة التي جرت بفاس لدى الحانوت بلا التباس  
ليس لها في الشرع أصل يعلم ولا قياس قاله من يفهم.

وهي غير حق الانتفاع الذي يعتبر في قواعد الفقه الإسلامي مجرد رخصة غير قابلة للتداول والاستئثار بها. وتتضمن صوراً مختلفة من المنفعة القابلة للتصرف فيها بعوض وبغيره، وهي:

#### 1- حق الجلسة والجزاء

يعرف حق الجلسة بكونه "كراء على التبقية" أو كراء على التأيد، بحيث لا تخرج العين من يد المنتفع إلا برضاه أو إذا أحل بواجبه، وفقا للقواعد القانونية العامة. قال الشيخ عبد القادر الفاسي:  
وهكذا الجلسة والجزاء جرى على التبقية القضاء.

وهذا النوع من المنفعة التي ينصب على المحلات الصناعية أو التجارية ينتقل الحق فيه إلى الورثة. أما حق الجزاء فهو من باب الكراء، لكنه محمول على التبقية أيضا ولا يرد إلا على الأراضي البيضاء الصالحة للزراعة أو للبناء.

وحقا الجلسة والجزاء قابلان للتفويت بعوض، وبالتالي ترد فيهما الشفعة وفقا للقواعد العامة.

## 2- حق الزينة<sup>353</sup>

حق يرد على أرض مملوكة للدولة أو لإحدى الجماعات المحلية، كما يمكن أن يرد على حق جلسة، ويعطي صاحبه صلاحيات القيام بتحسينات في العقار وبناء منشآت فيه أو إحاطته بأسوار مقابل أجره تؤدي إلى المالك بصفة دورية<sup>354</sup>. وإذا

<sup>353</sup> = ينقضي حق الزينة كما ينقضي حق السطحية باتحاد المالك، ومن ذلك ظهير 30 يوليوز الذي سمح للدولة بالتنازل عن حقوقها في أرض قصبية إلى أصحاب حقوق الزينة مقابل فرنك واحد لكل متر مربع، وقد يقع العكس فتتبع الدولة من صاحب الزينة حقه وتمنحه تعويضا عنه، من ذلك المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 25 أبريل 1967 الذي قضى بتزع حقوق الزينة في دائرة صافي، وعند نزع حق الزينة تقدر قيمته بخمسة في المائة من قيمة الأرض وبالقيمة الكاملة للمنشآت القائمة عليها. وقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط بأن حق الزينة يمكن أن يكتسب بالحيازة الهادئة العلانية الطويلة مع أداء أجره زهيدة للدولة غير متغيرة وكان الحائز في الدعوى قد أقام مبان على نفقته دون اعتراض من مصلحة الدومين بينما لم تستطع هذه المصلحة أن تثبت تأجيرها لغيره أو أن المبالغ المؤداة لا تتناسب مع القيمة الكرائية للعقار. وهناك صور من حقوق الزينة خاصة بأحياء الملاح التي كان يسكنها اليهود، كما في مدن صفرو وفاس ودمنات؛ وتاونزا بأيت عتاب، وتلراط بين الوردان، حيث لا يحق لهم تملك الأراضي في الدولة الإسلامية، لذلك سمح لهم بالاستقرار على العقارات بمنازهم، فيكون لهم حق الزينة بهذه المنازل. راجع في هذا الشأن مثلا: الشفعة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي للأستاذ محمد المحجوبي 1993 ص 78-79 الكتاب العربي ط 1 مشق.

<sup>354</sup> = نظم المشرع المغربي في الفصول 197 إلى 201 من ظهير 2-6-1915 أحكام النجوم وقرر أنه:

أ - يجب إذا كان العقار محفظا أن يقع تسجيل مقدار النجوم الدورية مع تسجيل الحق فيها، وللدائن بالنجوم المسجل أن يقيد اسمه في قائمة الدائنين لاستيفاء ما تخلف من النجوم لمدة خمس سنوات.

ب - تتقدم النجوم بمضي خمس سنوات .

ج - لا يجوز أن يكره الدائن بالنجوم على قبضها إلا إذا قضى الاتفاق.

د - يمكن للدائن إذا لم تؤد له النجوم أن يباشر بيع العقار المحمل بها لاستيفاء ما استحق منها.

كان هذا الحق مشتركا بين عدة شركاء، فشأنه شأن حقي الجلسة والجزاء، تسري عليه أحكام الشفعة.

### 3 - حق الهواء

حق الهواء هو الحق المقرر على جزء محدد من الهواء الطليق أو الهواء العمودي فوق بناء قائم فعلا. ويقع في الغالب على الأملاك الخاصة في أحياء المدن المغربية الكبرى القديمة، ويعطي صاحبه حق إقامة بناء فوق المحل المقرر عليه حق الهواء. وهذا الحق ليس ارتفاقا<sup>355</sup>، وإنما هو حق عيني قابل للتصرف فيه. وإذا كان على الشياخ وباع أحد الشركاء حقه فيه، وفقا لمقتضيات الفصل 483 من قانون الالتزامات والعقود<sup>356</sup>، نشأ فيه حق الشفعة لباقي الشركاء.

ولا يخفى أن الحقوق العرفية الإسلامية إذا ما وردت على عقار محفظ فيجب أن تسجل بناء على القواعد المنصوص عليها في الفصول 65 و66 و67 من الظهير الصادر في 12 غشت 1913 والفصل 2 من الظهير الشريف الصادر في 2 يونيو 1915. وهذه الحقوق التي لا يمكن أن تنصب إلا على العقار محفظا كان أو غيره، تصير بعد تسجيلها حقوقا عينية أصلية قابلة للتداول بحد ذاتها، وبالتالي قابلة لأن تنقل برهن رسمي<sup>357</sup>، كما يمكن أن تكون محلا لارتفاق يترتب عليها<sup>358</sup>.

<sup>355</sup> = عرف الشرع حقوق الارتفاق في الفصل 108: الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار من أجل استعمال منفعة عقار يملكه شخص آخر. ومعناه، أن الارتفاق هو أن يحمل عقار بطبيعته في ملكية شخص بما ينفع عقارا آخر في ملكية شخص آخر كحق المرور والمسيل والشرب. ومفهومه أن حق الارتفاق يتصل بالعقار المرتفق ويتبعه ولا ينفصل عنه. أما مقتضاه فعدم جواز الشفعة في حقوق الارتفاق إلا إذا تصورناها فيها بالتبع للشفعة في العقار المرتفق

<sup>356</sup> = "يقع صحيحا بيع جزء من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا، ويسوغ للمشتري أن يبني فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده، ولكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع الهواء العمودي الذي يعلوه بغير رضی البائع".

<sup>357</sup> = قرر المجلس الأعلى أن حق الزينة لا يمكن الاحتجاج به حتى بين طرفيه إلا إذا تم تسجيله، ومن تاريخ هذا التسجيل فقط، ولا يكفي مجرد الرسم العدلي ما لم يكن مسجلا. وكون الحقوق العرفية الإسلامية

وباختصار، إن كل شريك في حق من الحقوق العينية السابقة يثبت له الحق في شفعة الحصّة المنقولة من يد أحد الشركاء مهما كانت نسبة الجزء الذي يملكه. ولا اختلاف بين الشفعة في العقار والشفعة في الحق الملبس له، إلا أن يكون حق استعمال وحق سكنى لاتصافهما بالطابع الشخصي المحض الذي لا يقبل التداول، أو حق ارتفاع لا يقبل الانتقال إلا تبعاً للعقارات المرتبط بها، أو الرهون الرسمية والامتيازات لكونها تبعية لا تنتقل منفصلة عن الديون التي تضمنها؛ أما الحقوق العرفية الإسلامية أو ما يسمى بحقوق المنفعة فتجب فيها الشفعة لمجرد أنها حقوق عينية.

### المطلب الثاني: الحصّة من الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية أو المجردة هي ما لم يتم بمحل ولم يتقرر في ذات كالحقوق الفكرية والذهنية سواء كان التعبير عنها بالكتابة كالكتاب أو بالرسم أو بغيرهما. والحق المعنوي سلطة للشخص على شيء معنوي كالأفكار والاختراعات، وكل إنتاج ذهني له كحق الأديب على ملكيته الأدبية، وحق الفنان على إنتاجه من رسم أو غناء أو موسيقى، أي، على ملكيته الفنية<sup>359</sup>، وحق الصانع على

---

تخضع لأحكام الفقه الإسلامي طبقاً للفصلين 8 و197 من تشريع العقارات المحفوظة، فهذا يتعلق بالقواعد الجوهرية المطبقة على هذه الحقوق، ولا ينفي وجوب تسجيلها. - قرار الغرفة الأولى بالمجلس الأعلى عدد 301 بتاريخ 30 أبريل 1966. بمجلة القضاء والقانون عدد 94 ص 186 و187. - راجع الأستاذ المحجوب ص 80.

<sup>358</sup> = قن المشرع أحكام حق الانتفاع في الفصول من 35 إلى 72 ونص في الفصل 37 على ما يلي:  
خامساً: على الحقوق العينية المذكورة في الفقرة العاشرة من الفصل الثامن وهي الحقوق العرفية الإسلامية.

<sup>359</sup> = تعتبر بمثابة إنتاجات فكرية حسب المادة 3 من الظهير الشريف الصادر في 9 ذي القعدة الموافق 15 فبراير 2000 بتنفيذ القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة:

أ- المصنفات المعبر عنها كتابة؛  
ب- برامج الحاسوب؛

اختراعه أو طريقته في الصناعة، أي، الملكية الصناعية. وهو بالنسبة إلى جانبه المادي<sup>360</sup> يعد حقا ماليا لأنه يقوم بالمال. وهو على هذا الأساس يقبل التصرف فيه، وينتقل من شخص إلى آخر كما ينتقل من صاحبه بعد موته إلى ورثته. ويعتبر الإنتاج الفكري أو الأدبي أو العلمي أو الفني كيفما كانت قيمته أو الغرض منه أو طريقة أو كيفية التعبير عنه يعتبر ملكا لمؤلفه الذي يخول سلطة التصرف فيه واستعماله والانتفاع به، والإذن في استعماله أو الانتفاع به كالا أو بعضا موضوعا للشفعة متى كان مشتركا وفوتت حصة منه، وفقا للقواعد العامة، وعموم النص القانوني تبعا لعموم النص الشرعي الأصل "الشريك شفيح والشفعة في كل شئ".

- 
- ج- المحاضرات والكلمات والخطب والمواعظ والمصنفات الأخرى المكتوبة أو المهبر عنها شفاهيا،  
 د- المصنفات الموسيقية سواء كانت مصحوبة أو غير مصحوبة بكلمات؛  
 هـ- المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية؛  
 و- المصنفات الخاصة بالرقص والإيماء؛  
 ز- المصنفات السمعية-البصرية بما في ذلك المصنفات السينماتوغرافية والفيديوغرام،  
 ح- مصنغات الفنون الجميلة بما فيها الرسوم والرسوم الزيتية والمنتوجات وأعمال النقش والمطبوعات الجلدية وجميع مصنغات الفنون الجميلة الأخرى؛  
 ط- المصنفات الخاصة بالهندسة المعمارية؛  
 ي- المصنفات الفتوغرافية؛  
 ك- المصنفات الخاصة بالفنون التطبيقية؛  
 ل- الصور والرسوم التوجيهية والخرائط الجغرافية والتصاميم والرسوم الأولية والإنتاجات الثلاثية الأبعاد الخاصة بالجغرافيا ومسح الأراضي والهندسة المعمارية والعلوم؛  
 م- التعابير الفولكلورية والأعمال المستمدة من الفولكلور؛  
 ن- رسوم إبداعات صناعة الأزياء ..".
- <sup>360</sup> = ويشبه الحق المعنوي الحق العيني، ولا خلاف بينهما إلا في الشئ الذي تنصب عليه السلطة في كل منهما، فهو مادي في الحقوق العينية ومعنوي في الحقوق المعنوية، ما جعل البعض يرى أن الحقوق المعنوية ما هي إلا صورة من صور الحقوق العينية، باعتبار أنها سلطة على شئ مادي أو معنوي، فيشبهه الحقوق العينية أو الذهنية بالملكية، ويسمي حق الأديب على آثاره الأدبية الملكية الأدبية، وحق الفنان على إنتاجه الملكية الفنية. لكن هذا ليس ذاك، ببساطة أن الحق العيني مؤبد والحق المعنوي مؤقت.



صحيح أن الحق المعنوي<sup>361</sup> من عمل الذهن الإنساني، ولكن تجسيده المادي والقانوني واستقلاله يجعل له كيانا قائما بذاته ومنفصلا عن صاحبه، ولذا اعتبر شيئا، وصح محلا للحقوق.

<sup>361</sup> = تتعدد اصطلاحات علماء القانون في وصف هذه الحقوق، وبعضها شامل لأنواع كثيرة منها وبعضها يطلق على نوع منها دون غيره، وتسمى بمسميات الحقوق المعنوية، الحقوق الذهنية، الحقوق الأدبية، الحقوق الفكرية، حقوق الابتكار، الملكية الأدبية والفنية الصناعية، الاسم التجاري، حق الاختراع، حقوق التأليف. ويذهب الأستاذ مصطفى الزرقا -المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي- إلى تسميتها بحق الابتكار، لأن حق الابتكار يشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم بالملكية الصناعية كحق مخترع الآلة ومبتدع العلامة التجارية، ومبتكر العنوان التجاري.

ويبدو أن هذه الحقوق لم تكن قائمة في المجتمع الإسلامي رغم نشاط حركة التأليف، إذ الكتابة كانت مجرد شعور بالواجب ورغبة في الثواب.

ولما ظهرت الحقوق المعنوية، نتيجة لتطور الحياة، وأقرها القوانين العصرية بادر القانون المدني المصري القدم سنة 1883 إلى النص في المادة 12 منه : أن الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته يكون حسب القانون الخاص بذلك.

وقد درس مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي هذا الموضوع، وقرر أن الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع، والابتكار حقوق خاصة لأصحابها، لا يجوز الاعتداء عليها شرعا. راجع:

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص183

- مصطفى الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن، ص15- ص31.

- تقولا أسود، القانون المدني المدخل والأموال، ص484- ص487.

- سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ص1.

## الفرع الثاني المشفوع به

اختلفت تعريفات الفقه للمشفوع به في التشريع المغربي:

- فهو " ما يدفعه الشفيع إلى المشفوع من يده بدلا للحصة المشفوعة، إن كان ناتجا عن صفقة بيع فهو ثمن، وإن كان غيره فهو القيمة"<sup>362</sup>.

- وهو " ما يدفعه الشفيع إلى المشتري المشفوع من يده عوضا عن الثمن الذي أداه هذا الأخير مقابل الحصة المطلوب شفعتها"<sup>363</sup>.

- وهو " ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه عند الشفعة مقابل حصوله على النصيب المشفوع"، أو بإيجاز " ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه بمناسبة الشفعة"<sup>364</sup>.

وهذه التعريفات متذبذبة بين الثمن النقدي في تعريف المشفوع به وفلسفته، ولذلك نجدها غير واضحة ولا صريحة، ولا تجرؤ على اقتحام ضمير المشرع ونيتته، بل وعباراته.

وبالرغم من أن المشرع المغربي في الفصل 25 من ظهير 2-6-1915 الخاص بتعريف الشفعة في العقارات والحقوق العينية المحفوظة قد استعمل عبارة "مشتري" بصدد الكلام عمن يتم طلب الشفعة ضده، وفي الفصل 29 عبارتي "يشترى" و"الشراء"، عندما تحدث عن الحالة التي يتم فيها طلب الشفعة ضد أحد

<sup>362</sup> = أحمد الخريصي ص 2

<sup>363</sup> = الأستاذ سليمان الحمزاوي ص 37

<sup>364</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 198 - 462 - 475

الشركاء، وأورد عبارات "يشترى" و"الشراء"، و"المبيع" في الفصول من 31-34 منه، لم يحسم في نقدية الثمن المشفوع به. ويلاحظ أن المقابل الذي يدفعه المشارك للمشتري، هو عموماً، في التشريع المغربي في:

- الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود: "الثمن" و"مصرفات العقد والمصرفات الضرورية التي أنفقها منذ البيع".

- الفصل 29 من ظهير 2 يونيو: "المبلغ المؤدى في شرائها" و"مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات ومصاريف العقد".

فالمشرع لم يحدد أن المقصود "بالثمن" هو الثمن النقدي، أي، قدر محدد من النقود، ولا يمكن فهم ذلك على الإطلاق من ألفاظه "الثمن" و"المبلغ" و"ما عليه" الفضفاضة، كما أن لفظ الثمن لا يصلح كمصطلح في عقد البيع إلا بتوافر الصفة النقدية فيه. وهذا يعني أن المشفوع به الذي يدفعه الشفيع أو يؤديه إلى المشفوع منه مقابل أو عوضاً أو بدلاً عن الحصة المطلوب شفعتها قد يكون نقداً وقد يكون غيره. ويفهم من قانون الشفعة أن المشفوع به قد يكون:

- قدراً من النقود أو قدراً من الأوراق المالية أو من السبائك الذهبية.
- جزءاً منه نقداً وجزءاً منه مالا معيناً ليس من النقود.
- نقداً في جزء منه وأسهماً أو غيرها فيما تبقى من النقود.
- نوعاً معيناً من المال ليس من النقود في شق منه، وفي شق آخر من النقود كفرق أو معدل العوض أو فرق المعاوضة<sup>365</sup>.

<sup>365</sup> = تسمى في فرنسا بالمعاوضة مع الفرق *Echange avec soulte* والمعاوضة مع الفرق أو المعدل أو المدرك هي المعاوضة التي يقدم فيها أحد الطرفين إلى جانب الشيء المقايض فيه مبلغاً معيناً من النقود أو أداءً آخر غير النقود من أجل إعادة التوازن بين قيمة الشيء الذي يعطيه وقيمة الشيء الذي يتلقاه" راجع أحمد الشليح م س

وعموما فالمشفوع به في ضوء التشريع المغربي قد يكون مالا مثليا مقوما<sup>366</sup>، أي كل مكيل أو موزون أو معدود، وقد يكون قيما مثل الأصول والعروض والحيوانات. وإذا كان العوض الذي جعل ثمنا للحصة غير مقوم، فالعبرة في تقويمه بقيمته يوم حصول الواقعة الناقلة للمشفوع من ملكية مالكة على الشياح إلى ملكية مالك جديد.

خلاصته أن المشفوع به هو ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه مقابل إدخال الحصة المفوتة من الملك على الشياح في ملكيته، لا فرق بين أن تكون الحصة المشفوعة منقولا أو عقارا محفظا أو غير محفظ، وهو عين ما التزم به المشتري للبائع للحصول على الحصة بعنصره الثمن والمصاريف ووصفيه المؤجل والمعجل وجديته المنبئية على أساس الصدق والعدالة.

<sup>366</sup> = المثلي هو ما ينوب بعضه عن بعض في المعاضات عموما، ولا تختلف أفراده اختلافا مهما كالنقود والمحاصيل الزراعية، والمقوم ما اختلفت أفراده اختلافا بينا كالحيوانات وقطع الأراضي أو العقارات المنبئية.

## المبحث الأول عناصر وجدية الثمن

يتكون المشفوع به أو الثمن في ضوء الفصلين 974 و 25 السابقين من ثمن الحصة المشفوعة والمصاريف، وهما عنصران متلازمان لا يغني دفع أحدهما عن دفع الآخر، يلزم منهما ما كان حقيقيا وجديا.

### المطلب الأول: عناصر الثمن

غالبا ما يتكون المشفوع به من ثمن أصلي متفق عليه بين البائع للحصة من الملك على الشيعاء وبين المشتري المشفوع منه، ومن مصاريف إضافية لازمة.

### الفقرة الأولى: الثمن الأصلي أولا: الثمن النقدي<sup>367</sup>

إذا كان المشفوع به مقدرا بالنقود وجب على الشفيع أن يؤديه بالنقود الوطنية الناضة<sup>368</sup> معاينة أو اعترافا بواسطة الغير أو بواسطة الأوراق التجارية بشرط أن

<sup>367</sup> = راجع وثيقة البيع بين النظر والعمل ص 167 وما بعدها للدكتور عبد الرحمان بلعكيد. 1983.

<sup>368</sup> = جاء في لسان العرب "النض الدرهم الصامت، والناض من المتاع ما تحول ورقا وعينا. قال الأصمعي: اسم الدراهم والدنانير عند أهل الحجاز الناض، والنض إنما يسمونه ناضا إذا تحول عينا بعدما كان متاعا، يقال: ما نض بيدي منه شيء. قال ابن الأعرابي: النض الإظهار، والنض الحاصل، يقال خذ ما نض لك من غريمك، وخذ ما نض لك من دين، أي، تيسير، وهو يستنض حقه من فلان، أي، يستنجزه ويأخذ منه الشيء بعد الشيء، ونضض الرجل إذا كثر ناضه، وهو ما ظهر وحصل من ماله. والنقود الناضة أي النقود بعينها.

يُحصل الأداء فعلاً<sup>369</sup>، ولا يسوع أن يقوم مقامه شيء آخر ولو كان مقوماً أو له سعر معروف في البورصة أو الأسواق.

وإذا تغيرت العملة المتداولة في النوع أو الشكل سواء حلت عملة مكان أخرى أو نقد ورقي مكان نقد معدني أو العكس فإن العبرة في جميع هذه الفرضيات بالعملة الرسمية الراضية. وبالنسبة للمعادلة بين عملتين، فإن العمل بقيمتها بتاريخ إبرام العقد الناقل للحصة المشفوعة إلى المشفوع منه سواء ارتفعت قيمة العملة الجديدة أو انخفضت، وقد ورد في الفصل 246 من قانون الالتزامات والعقود أن محل الالتزام إذا كان أشياء مثلية لا يكون المدين ملتزماً إلا بنفس المقدار أو الصنف والنوع المبين في الالتزام كيفما كانت الزيادة أو النقص في القيمة، وجاء في المادة 134 من القانون المدني المصري "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود ولا انخفاضها وقت الوفاء أي أثر".

### ثانياً: الثمن القيمي

قد يكون المشفوع به عبارة عن قيمة الشيء المشفوع نفسه، كما قد يكون عبارة عن قيمة الشيء الذي كان المشفوع عوضاً له، وقد يكون في صور أخرى كثيرة، كأن يدفع الزوج لزوجته حصة أو جزءاً من العقار المشترك صداقاً، أو تدفع الزوجة لزوجها نصيبها في عقار شائع مقابل خلعها، أو يدفع عند الصلح عن مال أو عن دعوى. وأياً ما كان نوعه أو شكله، فإنه يخضع للقواعد الآتية:

1- إذا كان المقابل مما لا يمكن معرفة قيمته كما إذا كان المشفوع صداقاً أو تعويضاً فإن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه القيمة التي كان المشفوع

<sup>369</sup> = في حالة الأداء بورقة من الأوراق التجارية كالشيك والكمبيالة والسند لأمر أو عن طريق العمليات البنكية فإن الإبراء من الثمن لا يتم إلا إذا حصل الوفاء به فعلياً وحقبة، حتى ولو كانت الورقة التجارية مشهوداً فيها بثبوت الرصيد.

يساويها يوم العقد ولا اعتبار لارتفاع أو انخفاض قيمته يوم المطالبة به<sup>370</sup>، ويخالف الشافعية رأي المالكية هذا، ويرون أن على الشفيع أن يدفع للمشفوع منه إذا تعلق الأمر بالصداق مهر المثل لأن المشفوع منه دفع مقابل البضع، والبضع له قيمة معروفة، وهي مهر المثل<sup>371</sup>. ونرى الصواب مع المالكية.

2- إذا كان المقابل مما لا يمكن معرفة قيمته، كما في المناقلة أو مقابل عمل، فإن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه قيمته التي كان يساويها يوم انتقال الحصة من ملكية شريكه ودخولها في ملكية شريك جديد، ويوافق الشافعية المالكية في هذه الحالة<sup>372</sup>. وبالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على قاعدة في الموضوع، فإن سكوته يجب أن يفهم في ضوء الأحكام العامة لعقد البيع.

### الفقرة الثانية: المصروفات الضرورية والنافعة

#### أولاً: المصروفات الضرورية

وهي مختلف الأداءات التابعة للثمن الأصلي والملحقة به وتشمل المصروفات اللازمة للعقد مثل صوائر الكتابة ورسم التوثيق والتبرير وتصحيح الإمضاء والتسجيل وأجرة السمسرة، لكن الشفيع لا يؤدي منها إلا ما كان عادياً، ولا يلزم بأداء القدر الزائد عن الثمن الحقيقي.

#### ثانياً: المصروفات النافعة

وتتكون في الغالب مما يلي:

#### 1- المصروفات اللازمة لإدارة المشفوع واستغلاله

وتشمل كل ما أنفق المشفوع منه منذ الشراء، كما إذا ساهم في إصلاح البناء أو المجاري المائية المعطلة، أو ساهم في بناء السواقي أو الأحواض المائية أو إذا نعى

<sup>370</sup> = الزرقاني 6 ص 175

<sup>371</sup> = الإقناع 3 ص 144

<sup>372</sup> = الزرقاني 6 ص 175 - الإقناع 3 ص 144

قطيع الماشية، أو ذهب الكتاب أو أعاد طلاء السفينة أو السيارة أو ساهم في نفقات إدارة الشيء المشاع.<sup>373</sup>

## 2- قيمة التحسينات التي أدخلها المشفوع منه على المشفوع

إذا أدخل المشفوع منه تحسينات على المشفوع في المدة الفاصلة بين تملكه للمشفوع وقيام الشفيع بالمطالبة بحق الشفعة كقيامه بأعمال الزخرفة أو تجديد الصباغة أو تكييف الهواء<sup>374</sup>، يلزم الشفيع أن يؤدي للمشفوع منه قيمة تلك التحسينات إذا أذن له في إنفاقها<sup>367</sup>. قال الإمام مالك "في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بالأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها، ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً فيريد أن يأخذها بالشفعة، أنه لا شفعة له فيها إلا أن يعطيه قيمة ما عمر، فإن أعطاه قيمة ما عمر كان أحق بالشفعة، وإلا فلاحق له فيه"<sup>375</sup>.

وعلى العموم يلزم الشفيع بدفع للمشفوع منه زيادة على الثمن كل ما دفعه من المصروفات، وإن لم يفعل، فإن حقه يتعرض للسقوط<sup>376</sup>، غير أنه، وإن كان من المعقول أن يكون الشفيع مهياً ليتحمل المصروفات الضرورية المتعلقة بالصيانة، فإن تحمله المصروفات النافعة ومصروفات الزينة أو الترف من شأنها أن ترغمه على عدم استعمال حقه في الشفعة، ولو كان في مقدوره أن يعرض الثمن بمفهومه الضيق والمصاريف المنفقة على الإصلاحات الضرورية أو الصيانة، ولذلك قد

<sup>373</sup> = الفصل 969 من قانون الالتزامات والعقود "على كل واحد من المالكين على الشباع أن يتحمل مع

الباقين التكاليف المفروضة على الشيء المشاع

<sup>374</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 464

<sup>367</sup> = الفصل 970 من قانون الالتزامات والعقود "المصروفات النافعة ومصروفات الزينة والترف التي أنفقها أحد المالكين على الشباع لا تخولهم حق الاسترداد تجاه الباقين ما لم يكونوا قد أذنوا في إنفاقها صراحة أو دلالة".

<sup>375</sup> = المنقى شرح موطأ الإمام مالك 6 ص 212 لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي دار الكتاب العربي

بيروت 1332

<sup>376</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 484 بتاريخ 21-6-1978 بمجلة المحامي عدد 6 ص 486



يكون من الأصوب أن يلزم المشتري بإرجاع الأمور إلى ما كانت عليه قبل الإقدام، وليس فقط على إجراء تحسينات ترفيحية على المبيع، وإنما أيضا قبل إجراء الإصلاحات النافعة على المبيع، متى تبين أن الهدف منها الحؤول دون استعمال الشفيع حقه، ويعامل معاملة سيء النية والغشاش، والقاعدة الفقهية أن "الغش يفسد التصرفات" <sup>377</sup> Omnia Corrupt Fraus .

### المطلب الثاني: جدية الثمن

تقتضي مشروعية الثمن كونه حقيقيا. والعبرة في حقيقته في ضوء مسألة الجدية فيه بالثمن المناسب العادل الذي يصح به التعاقد.

والثمن الحقيقي هو الثمن الذي يؤديه المشتري مقابل القيمة الفعلية للحصة المشفوعة الذي يصرح به في عقد البيع أو المعاوضة، دون تحايل ولا محاباة، ودون غبن بزيادة فاحشة على المشتري أو بضياع بين عليه.

أما إذا كان الثمن صوريا كالثمن الباهظ الذي يتقل كاهل الشفيع، ويجعله يترك الأخذ بالشفعة، فإنه لا يعتد به وفقا للقواعد العامة.

وإذا اتفق الشريك البائع والمشتري المشفوع منه على إخفاء الثمن الحقيقي بينهما، فيعمدان مثلا إلى ذكر ثمن هو أكثر في الواقع من الثمن الحقيقي المتفق عليه، قصد إبعاد الشفيع من شفيعته الحصة المباعة، ففي هذه الحالة يكون الثمن في واقعه ثمنا صوريا لا ثمنا حقيقيا لأنه ثمن ظاهره جدي وحقيقته صوري <sup>378</sup> أو وهمي، وليس حقيقيا.

<sup>377</sup> = الدكتور أحمد شيلح م س ص 173، نقلا عن مازو فقرة 91

<sup>378</sup> = ينص الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود على أن "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما. فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل". يتبين من هذا النص - في ضوء مسألة الجدية في الثمن والصدق في المعاملات - أن العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصوري، وبالعقد المستتر لا بالعقد بالظاهر في حق المتبايعين وورثتهما والغير الذي لا علم له بواقعة الصورية. وهذا ما

## المبحث الثاني أوصاف الثمن

قد ينشأ حق الشفيع ببيع معجل كما قد ينشأ ببيع مؤجل، فيكون أداء الثمن فورياً أو مؤجلاً:

### المطلب الأول: الثمن معجل

أجمع العلماء المسلمون على إلزامية الشفيع بأداء ثمن المشفوع الحقيقي للمشفوع منه عند مطالبته بالشفعة، إن كان مثلياً، أو قيمة المشفوع التي كان يساويها يوم حصول المعاوضة<sup>379</sup>. غير أن الفقهاء الحنفية يرون في الموضوع رأيين اثنين:

1- إن القاضي يحكم للشفيع بشفيعته عند المطالبة بها، سواء أحضر الثمن أو لم يحضره، ثم يأمره بدفع الثمن معجلاً ولا يؤجل إلا بموافقة المشفوع منه، فإن لم يحضره في الحال حبسه حتى يؤديه ولا يسقط حقه، وهذا هو المشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف.<sup>380</sup>

2- إن القاضي لا ينبغي له أن يحكم بالشفعة للشفيع إلا بعد إحضار الثمن، فإذا حكم وطلب الشفيع أجلاً وأبى المشفوع منه إعطائه له حبسه وإن لم يؤده حكم بسقوط شفيعته<sup>381</sup>.

---

يقتضيه سلطان الإرادة وما يحتمه منطق العدالة، أما من لا علم له بحقيقة الأمر فإنه وفقاً للقواعد العامة مخير بالطبع بين التمسك بالعقد المستتر أو الأخذ بالعقد الظاهر. وعند التعارض يكون الترجيح لمن يتمسك بالعقد الظاهر عملاً بالقواعد العامة: انظر في الموضوع مثلاً: الدكتور عبد الرحمان بلعكيد م س

- الدكتور محمد شليح م س

<sup>379</sup> = التسولي 2 ص 119 - الزرقاني 6 ص 179

<sup>380</sup> = تحفة الفقهاء 3 ص 57 لعلاء الدين السمرقندي - ت سنة 539 هـ - طبعة دار الفكر

<sup>381</sup> = تحفة الفقهاء م س 3 ص 58

## المطلب الثاني: الثمن مؤجل

إذا كان الثمن مقوما، فيلزم الشفيع بأن يؤدي للمشفوع منه عند طلب الشفعة مثل ذلك الشيء بالرغم من كونه مقوما<sup>382</sup>. أما إذا كان مثليا، فقد اختلف العلماء حول ما إذا كان الشفيع ملزما بدفعه حالا أو يستفيد من الأجل الممنوح للمشفوع منه، أو يخير بين التعجيل أو التأجيل:

1- يرى الشافعي أن الشفيع مخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع حالا، وبين أن يؤخره إلى حلول الأجل ثم يدفعه فيأخذ المشفوع.<sup>383</sup>

2- يرى أبو يوسف أن الشفيع لا يشفع إلا إذا عجل الثمن المؤجل لأن الحصة دخلت في ذمة المشفوع منه.<sup>384</sup>

3- يرى الحنفي: أن الشفيع يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع بالشفعة حالا وبين أن يطلب الشفعة في الحال ويدفع الثمن عند حلول الأجل وحيث أن يأخذ المشفوع<sup>385</sup>، ولا يضره أن يؤخر طلب الشفعة إلى حلول الأجل على ما رجع إليه أبو حنيفة.

4- يرى المالكية رأيين:

- الرأي الأول: يلزم الشفيع بدفع البدل حالا، ولا يمنح الأجل، لأن التأجيل ممنوح للمشتري، لا لغيره. وهذا قول مالك وأصبغ وغيرهما. وبه جرى العمل في فاس<sup>386</sup>.

- الرأي الثاني: يمنح الشفيع نفس الأجل الممنوح للمشتري. وبه يقول مطرف وابن الماجشون وابن حبيب وصوبه ابن يونس، ونسبه الشيخ التتائي إلى الإمام

<sup>382</sup> = الزرقاني علي خليل 6 ص 173

<sup>383</sup> = الاقناع م س ص 3

<sup>384</sup> = المبسوط 14 م س

<sup>385</sup> = فتح المعين 3 ص 334

<sup>386</sup> = بناي 6 ص 175

مالك<sup>387</sup>. وقال اللخمي: إنه الأحسن، لأن المشتري ملك ذلك النصيب واستغله طيلة الأجل، وبعد ذلك أدى الثمن، ومن حق الشريك أن يملك ويتنفع خلال مثل ذلك الأجل، ثم يؤدي الثمن<sup>388</sup>.

ويرر الفقهاء عدم جواز أخذ الشفيع المشفوع حالا بنفس الثمن المؤجل الممنوح للمشتري بأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد، والأجل في الثمن لم يجب به، وإنما وجب بالشرط، والشرط خاص بالمشتري دون الشفيع<sup>389</sup>؛ ورضى البائع بتأجيل الثمن بالنسبة للمشتري لا يعد رضاء بتأجيله بالنسبة للشفيع، والناس يتفاوتون في أداء الديون<sup>390</sup>.

والصحيح القول بحق الشفيع في أخذ المشفوع في الحال إذا كان الثمن مؤجلا، لأن الأجل صفة للثمن، وللشفيع حق الأخذ بنفس الثمن الذي ملك به المشفوع منه الحصة المطلوب شفعتها جنسا وقدرًا وصفة، ما دام المشرع لم يفصح عن غيره، خلفيته في ذلك إضماره اعتبار الشفعة بيعا.

وتجدر الملاحظة إلى أن القضاء المغربي<sup>391</sup> أمام عدم وجود نص صريح يلزم الشفيع بما التزم به المشتري للبايع في أداء البدل يطبق القواعد الآتية:

- إن التزم المشتري بأدائه للبايع من جنس معين، مثل النقود وسائر المثليات، أداه الشفيع كذلك.

- إن التزم المشتري بأدائه مقوما أدى الشفيع قيمته.

- إن كان الثمن معجلا أو مقيدا بأجل أداه كذلك ولو كان الشفيع غنيا.

<sup>387</sup> = الرهوني 6 ص 175 - الزرقاني علي خليل 6 ص 175

<sup>388</sup> = الرهوني م س

<sup>389</sup> = بدائع الصنائع 5 ص 27

<sup>390</sup> = قيل في الأحكام إن كان الشفيع مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل، وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن في ذلك الأجل، فإذا جاء بحميل أي بكفيل مليء ثقة، مثل الذي اشترى منه الشقص في

الأرض المشتركة فذلك له. الموطأ ص 540

<sup>391</sup> = انظر الأستاذ سليمان الحمزاوي ص 3

- يخضم من الثمن عن الشفيع ما وقع خصمه عن المشتري صلحا عن عيب ظهر بالمبيع بعد الشراء وقبل الأخذ بالشفعة.

- ليس للمشتري أن يحيل البائع على الشفيع في أداء ما بقي عليه من الثمن المؤجل لأن الحوالة لا تصح إلا بما حل من الدين و ليس بما هو مؤجل منه، لقول خليل "ولا يجوز إحالة البائع به"<sup>392</sup>.

- ليس للبائع أن يضمن الشفيع بما هو مؤجل من الثمن. قال ابن عاصم:

ما يعيب حط بالإطلاق	من الشفيع حط باتفاق
ولا يحيل مشتر لبائع	على الشفيع لاقتضاء مانع
وليس البائع أن يضمن عن	مستشفع لمشتري منه الثمن
ويلزم الشفيع حال ما اشترى	من جنس وحلول أو تأخر.

والحقيقة أن المشرع ينص في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود صراحة على أن الشفيع لا يدفع إلا ما عليه من ثمن وتوابعه<sup>394</sup>، أي، لا يلزم إلا بما خرج من يد المشتري. وطبيعي أن لا يدفع إلا ما حل من الثمن المؤجل، أو ألا يدفع شيئا أصلا إذا كان الثمن مؤجلا كله.

<sup>392</sup>= المتن - الشيخ بناني م س - الشيخ التسولي م س - إحكام الأحكام على تحفة الحكام

<sup>394</sup>= لأداء الثمن ثلاث طرق: الأداء بالنقود الناضية، وبالأوراق التجارية أو العمليات البنكية أو البريدية، ثم الأداء بواسطة الغير. أنظر تفسير ذلك في وثيقة البيع بين النظر والعمل ص 203 وما بعدها للدكتور

## القسم الثاني ممارسة الشفعة

يرتبط تطبيق الشفعة وتفعيلها عمليا بما يعرفه تكييفها من تنازع أقوال الفقهاء المسلمين واختلاف الاتجاهات التشريعية المعاصرة بحيث أسدل ظلاله على الاجتهاد القضائي، وخاصة المغربي الذي ما يزال يطبق التراث الفقهي على ما يعرض أمامه من قضايا إذا لم يوجد لها نص صريح في القانون، بل حتى لو وجد فيه، اعتبارا أنه هو الأصل والمنبع المستمدة منه أحكام الشفعة.

وحق الشفعة أساسه الشرع الإسلامي يتقرر بصورة الكسب الانتقالي، يدور نشوؤه وجودا وعدما مع نقل حصة من الملك على الشيعاء إلى مالك جديد بعوض.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النشوء أو هذه الوضعية لا تعطي الشفيع الحق في تملك الحصة المتقلة من شريكه على الشيعاء في ضوء القانوني المغربي لأ هذا الحق ليس ثابتا، ولا يستقر لمجرد حصول واقعة التصرف، وإنما لا بد، حسب المنطق القانوني، من تدعيم هذه الواقعة بالتصرف القانوني المتمثل في المطالبة به رضائيا أو قضائيا من طرف الشفيع المعني بالأمر شريكا كان أو من أعطاه القانون حق الشفعة، إذ الاشتراك ليس وحده مناط الشفعة فيه.

وحتى يتضح الأمر سنقسم هذا القسم إلى باين، نخصص الأول لنشوء الحق في الشفعة والثاني لتثبيت الحق فيها.

## الباب الأول نشوء الحق في الشفعة

يجمع الفقهاء المسلمون، التقليديون منهم والمعاصرون، على نشوء حق الشفعة بالبيع، ويختلفون في نشوئه بالمعاوضات الأخرى وغيرها من وجوه المعاملات. ومنشأ الإشكال عدم ورود أصل قطعي في الشريعة الإسلامية في السبب الموجب والمنشئ له، فاختلفت القوانين، في البلدان العربية بالخصوص، عليه تبعاً لاختلاف المذاهب الفقهية، وما أحدثه هذا التأثير في وضع وصياغة القوانين المعاصرة. وللإحاطة بإشاكلات الموضوع نتناوله في فصلين، الأول في الاشتراك والثاني في انتقال حصة من الملك على الشيعاء.

## الفصل الأول الاشتراك

الاشتراك حتى يكون مناطا للشفعة، لا بد من أن يكون فعليا وواقعا، سواء كان حقيقيا، أي ماديا أو تصوريا، أي معنويا أو اعتباريا. وقد نظم المشرع المغربي أحكام الشيعاع<sup>395</sup> وأحكام الملكية المشتركة في طبقات العقارات المبنية<sup>396</sup>، غير أن أحكام الشفعة تختلف نسبيا فيه عما هي عليه في قانون الالتزامات والعقود والقانون المطبق على العقارات المحفوظة. ولتبيان ذلك سنعالج الموضوع في فرعين إثنين، نخصص الأول لمفهوم الاشتراك والثاني لثبوت ملكية الشفيع:

<sup>395</sup> = الفصول من 959 إلى 981

<sup>396</sup> = الظهير رقم 1. 2.298. الصادر في 25 من رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 الملغي

لظهير 11 نونبر 1946



## الفرع الأول

### مفهوم الاشتراك

اشترك الأمر التبس، وشاركه وتشاركاً وقعت بينهما شركة<sup>397</sup>. وقد يعم الاشتراك كل أجزاء الشيء المشترك ويشملها جميعها، كما قد ينصب على بعض أجزائه فقط، إما بحسب ما تقتضيه طبيعة موضوعه أو بحسب اتفاق المتشاركين، وإما بحسب ما يتغياها المشرع مما يستفاد من تجاوزه مفهوم الاشتراك أو الشيع في تحديد مفهوم الشفيع و المشفوع منه إلى اعتبارات أخرى رأى أنها كافية لاعتبار الشخص الذي تتوافر فيه كذلك بغض النظر عما إذا كان شريكاً أو اشترى حصة من المال المشترك، وإنما لأنه يكون في مركز قانوني مؤهل.

<sup>397</sup>= لسان العرب مادة شرك - انظر: القاموس المحيط - المعجم العربي الأساسي لاروس

## المبحث الأول الاشتراك على الشيع

الشيع أو شبه الشركة باب من أبواب الاشتراك أو نوع من أنواعه، وحالة قانونية تنشأ اختياريا أو اضطراريا عن اشتراك عدة أشخاص في شيء أو حق عليه بنسب متساوية أو غير متساوية<sup>398</sup>.

وبتعبير آخر عندما يكون شيء أو حق ما ملكا شائعا أو مشتركا بين عدة أشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى "شركة ملك" أو شبه شركة، وهي إما اضطرارية، وهي وليدة الوراثة أو الوصية، وإما اختيارية، أي، وليدة الاتفاق والعقود.

والمالك على الشيع هو كل من يملك حصة شائعة ملكية تامة في كل جزء من الشيء أو الحق موضوع الاشتراك بحيث لا يمكنه الاستئثار بجزء معين ومحدد، ولا إجراء أي تصرف من شأنه أن يمنع أو ينقص حقوق بقية المالكين<sup>399</sup>، ولا يبيع حصته الشائعة أو جزء منها على أنها حصة أو جزء مفرز قبل القسمة<sup>400</sup>

<sup>398</sup> = الفصل 960 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>399</sup> = الفصل 966 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>400</sup> = اختلف في مصر في جواز الشفعة فيما إذا باع الشريك حقه مفرزا إلى أجنبي. والرأي الراجح فقها لا يجيزها في هذه الحالة على أساس أن هذا البيع غير نافذ في حق الشركاء، وبالتالي يكفي الشركاء، ألا يقرروا هذا البيع حتى يستبعدوا مشاركة المشتري لهم في العقار الشائع. ومن أنصار هذا الرأي الدكتور السنهوري 9 ص 550 والدكتور الصدة ص 414، الدكتور محمد لبيب شنب ص 79 و 286. وهناك رأي آخر يجيزها، على أساس أن البيع قبل القسمة يعتبر في حكم التصرف في قدر شائع. ويبدو أن محكمة النقض المصرية عدلت عن قضائها السابق، وأخذت بهذا الرأي. وقد قررت محكمة الاستئناف بالرباط في 17 مارس 1943 "أن الاتفاق الذي بمقتضاه يبيع قطعة أرضية زراعية مساحتها إحدى عشر هكتارا تقطع من النصف الشائع في الملكية، لا ينبغي أن يفهم كبيع لقطعة مفرزة مساحتها إحدى عشر هكتارا تقطع من حصة شائعة تبلغ مساحتها إثني عشر هكتارا، وإنما

لكون حقوق المالكين كلها في علاقة إدماج وتمازج واختلاط في مادة الشيء موضوع حق ملكيتهم، مادية في الشيء المادي ومجازية في الشيء المعنوي، بحيث لا يتميز نصيب شريك عن آخر، بل يلتبس ويتوحد معه في إطار وحدة الشيء أو الحق. وقد يكون الشياح منصبا على كل أجزاء العقار المشتركة، كما قد يكون في جزء منه فقط، أفقيا كان أو عموديا.

وإذا كان تولد الشفعة للشركاء في الحالة الأولى لا يثير أي إشكال، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للحالة الثانية سواء كان هذا الجزء مساحة من أرض أو بناء أو حدا أو سياجا يفصل بين عقارين متجاورين أو أرضا ملاصقة لضفاف الأنهار:

### المطلب الثاني: الشركة بمساحة

اختلف الفقهاء المالكية في كون المشارك بمساحة أرضية مع مشاركين على الشياح شفيعا حسب ما إذا كانت تلك المساحة معينة أو غير معينة.

#### أولا: الشركة بمساحة معينة

اتفق الفقهاء المالكية على أن الشركة بمساحة معينة لا يولد الحق في الشفعة للمالك، لأن هذا التعيين يزيل عن مالكةا صفة الشريك ويجعله مجرد جار. ومثاله أن تكون "هناك قطعة أرض مساحتها هكتار وتكون مملوكة لشخصين أو أكثر، ويكون لشخص آخر فيها مائة متر مربع فإن هذا الشخص لا يستحق الشفعة لأنه لا يملك جزءا مشاعا، وإنما هو شريك بمساحة معينة هي المائة متر"<sup>401</sup>. وإذا باع أحد الشركاء واجبه المشاع أو جزءا منه في مساحة معينة بحدود من جهاتها

كحوالة الحقوق في نصف الحصة الشائع التي بقي البائع مالكا فيها، هذه الحقوق التي ستحصر بعد القسمة في حدود إحدى عشر هكتارا من أصل اثنين وعشرين" منشور بمجلة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط المجلد 11.

<sup>401</sup> = الزرقاني على خليل 6 ص 170 - المهدي الوزاني على شرح التاودي على التحفة 2 ص 483

الأربع من العقار المشترك، فإن القضاء المغربي يذهب إلى أن هذا البيع يصدق عليه بيع ملك الغير، وهو تصرف غير جائز قانوناً.

### ثانياً: الشركة بمساحة غير معينة

إذا كانت المساحة غير معينة بل شائعة فقد قال مالك لا شفعة فيها - كقوله في الحالة الأولى - بينما قال أشهب يتولد عنها حق الشفعة.

ويجري العمل بقول مالك سواء كانت المساحة معينة أو غير معينة. وقد رجح ابن رشد قول مالك لأن الشريك بمساحة لا يملك جزء شائعاً سواء كانت المساحة التي يملكها مفرزة بعلامات وحدود أو لم تكن كذلك<sup>402</sup>.

ويبرر بعض الفقه قول الإمام مالك بعدم الشفعة في الشركة بالمساحة ولو كانت شائعة بأن هذه الشركة ليست كشيوع الجزء كالثلث أو الربع حيث الجزء يكون شائعاً في كل جزء من العقار أي الشيء المشترك مهما صغر ذلك الجزء، "إذ الشركة بالمساحة أو الأذرع إنما تكون في قدرها لا في أقل منها"<sup>403</sup>.

ويفسر جانب من الفقه المعاصر هذا قائلاً: "فمن كان شريكاً بالخمسة مثلاً فإن خمسة يكون شائعاً في كل ذرة منه، بخلاف ما إذا كان شريكاً في أرض بمساحة معينة كمائة متر، فإنه يعتبر شريكاً في كل جزء لا يقل عن مائة متر، ولذلك لا يعتبر شريكاً في كل الأرض، كما أنه لا يعتبر شريكاً فيما يقل عن المائة متر"<sup>404</sup>.

يعاب على هذا النظر أمران:

1- إقصاؤه لفظ الشركة ومعناها من الحساب في عملية الاستنباط مع أن الشركة ثابتة وموجودة في فرضياته، وهي عماد تفريع قواعد الشفعة في المذهب،

<sup>402</sup> = قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 12-11-1927: مجموعة الأحكام المجلد الرابع 316

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 15-6-1938 : مجموعة الأحكام المجلد التاسع 627

<sup>403</sup> = الدسوقي 3 ص 473 - الزرقاني علي خليل 6 ص 170 - التسولي ج 2 ص 99

<sup>404</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 63

وهي مناط الحكم وعلّة الضرر ووعاء اعتداء الخلطاء بعضهم على بعض، وهذا جانب من عملية القياس الفقهي، لا يعقل أن يغيب عن البال.

2- إقصاؤه مبادئ الحساب وقياس المساحات، إذ الخمس أو الربع نسبة إلى مجموع المساحة، وجزء من الكل، كما هو الحال بالنسبة لمائة متر، إذ المتر وحدة أساسية لقياس المساحات، وغيره مضاعف له أو جزء منه، ولا مبرر للقول بعدم نشوء حق الشفعة ببيع جزء من الكل.

### المطلب الثاني: الشركة في الجدران والحفر ومجاري الأنهار الجافة

#### أولاً: الجدران والحفر المشتركة

جاء في ظهير 2 يونيو 1915 في:

- الفصل 116: كل جدار يفصل بين بناءين إلى نهاية خط الاشتراك أو بين بناءين أو حديقتين وحتى بين أبواب الحقول يعتبر مشتركا إلا إذا وجد سند أو علامة تخالف ذلك سواء في المدن أو في البوادي.

- الفصل 118: يترتب عن الملك الخاص الموجود فوق الطريق، الاشتراك في الجدار الذي يرتكز عليه القوس أو البناء ما لم يكن هناك سند يثبت عكس ذلك.

- الفصل 130: الشريك في ملكية سياج مشترك... وتسري نفس القاعدة على الشريك في ملكية حفرة مشتركة.

- الفصل 134: الأشجار الموجودة بالسياج المشترك مشتركة كالسياج نفسه وكذا الأشجار المغروسة على الخط الفاصل بين عقارين تعتبر مشتركة.

يقتضي ما ذكر أن أحد المشاركين إذا باع حصته من الجدار أو الحفر المشتركة، أو من الأشجار المغروسة على الخط الفاصل بين عقارين، نشأ لباقي الشركاء الحق في شفعة الحصة المباعة، وحق لهم استعماله كقاعدة عامة في كل مال مشترك، غير أن فقهاء المذهب المالكي، وخاصة منهم المغاربة، وقعوا في تنازع في الموضوع:

- فذهب رأي إلى إن " الحائط يكون بين دارين لرجلين والحائط وحده مشترك بينهما فباع داره مع حظه في الحائط، فإن فيه الشفعة على المذهب فتقوم الدار بغير نصف الحائط، وتقوم أيضا به، فما ناب نصف الحائط استشفع به".

- وقال آخر: لا شفعة فيه. وعليه عول ناظم عمل فاس وقال:

وكالطريق الحائط المشترك ما بين دارين الشفيح يترك،

فإن باع أحد الشركاء واجبه في الممرات والأندر فلا شفعة لشريكه فيها، سواء كان البيع للواجب فيما ذكر وحده أم مع الدار، تبعا لعدم الشفعة في الدار، إذ الدار إذا بيعت فلا شفعة فيها للجار لكون الجار لا شفعة له.

قال الشيخ التسولي معلقا على المذهب الأول في شرحه عن شيخه ابن سودة: "إذا كانت فيه الشفعة، أي، في الحائط بين دارين فعلى ما يحمل المشتري خشبه، وما نقله من أن الدار تقوم بغير نصف الحائط لعله خلاف المذهب، ولم أر من حكم به قديما وحديثا، وباختصار قلت والناس اليوم على ما قاله ابن سودة فلم أر من يطلب الشفعة فيه، وإن كان المذهب هو وجوبها له إن طلبها. ولعلمهم لم يمكننا منها فتركوا طلبها لذلك"<sup>405</sup>.

ولعل في هذا القول إيجاء إلى الأخذ بشفعة الجوار أو القول بالشفعة لا بسبب الشركة، لكن بسبب الملاصقة والمصاوبة. وهو ما يبرر القول بأن الفقهاء المغاربة ليسوا كما يعتقد "مالكيين أكثر من مالك"، أي، مقلدين جامدين، لا مبدعين ومجتهدين، وإنما أخذوا أحكام الشفعة من كل المذاهب، بل وانفردوا باستنباط أحكام لم يعرفها الفقه العربي بمفهومه الضيق.

### ثانيا: مجاري الأهمار الجافة

تنص المادة 4 من الظهير الشريف رقم 95.154 الصادر في 18 من ربيع الأول 1416 الموافق 16 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 95-10 المتعلق

<sup>405</sup> = النوازل الصغرى 3 ص 445 للعلامة أبي عيسى المهدي الوزاني المطبعة الحجرية بفاس

بالمياه على أن: "يضم إلى الملك العام المائي مع الضفاف الحرة التي يحتويها المسيل الجديد الذي يشقه المجرى المائي بشكل طبيعي أو بدون تدخل الإنسان.

وإذا لم تهجر المياه كلية المسيل القديم فليس للملكي العقارات التي يخرقها المسيل الجديد الحق في أي تعويض، وعلى العكس، إذا تركت المياه كلياً المسيل القديم، يكون للملاك الحق في التعويضات التالية:

- إذا عبر المسيل الذي هجرته المياه والمسيل الجديد على امتداد عرضهما نفس العقار يخرج الأول من هذين المسيلين وضافه الحرة من الملك العام، ويسلم مجانا للملك هذا العقار.

- حينما يجتاز المسيلان، القديم والجديد، عقارات في ملكية ملاكين مختلفين، يخرج المسيل وضافه الحرة من الملك العام، ويمكن للملاكين اكتساب ملكيته عن طريق حق الشفعة بالنسبة إلى كل واحد منهم إلى حدود محور المسيل القديم. ويحدد ثمن المسيل القديم من قبل الخبراء، يعينهم رئيس المحكمة المختصة، وبطلب من الإدارة. وإذا لم يصرح الملاكون المجاورون للنهر عن نيتهم في الاكتساب بالأثمان المحددة من قبل الخبراء في ظرف ثلاثة أشهر من الإشعار الموجه إليهم من قبل الإدارة، فإنه يتم بيع المسيل القديم وفق القواعد التي تحدد بيع الأملاك الخاصة للدولة<sup>406</sup>.

<sup>406</sup> = ينص ظهير 1 غشت المنظم لنظام المياه الملغى على أنه - " إذا شق كل من المجرى القديم والمجرى الجديد أملاكاً للمالكين مختلفين فإن المجرى القديم وضافه الحرة يخرج من الأملاك العمومية، ويمكن للمجاورين أخذ الملك بالشفعة كل واحد في القسم الذي يكون أمام أرضه حتى خط مستقيم وسط النهر، و يقوم المجرى القديم بواسطة خبراء يعينهم رئيس المحكمة الابتدائية للدائرة القضائية بناء على طلب من ... - وإذا لم يصرح الملاكون المجاورون خلال ثلاثة أشهر من التبليغ الموجه إليهم من الوزير المعني بنية الشراء بالثمن المحدد من طرف الخبراء فإن المجرى القديم يباع طبقاً للقواعد المعمول بها في بيع أملاك الدولة. - فإذا غير مخرج مجراه وشق في أراضي ملاكين آخرين مجراه الجديد فإن المجرى القديم المنحرف عنه تزول عنه بقوة القانون صفة الملك العمومي، وينشأ للمالكين الملاصقة أراضيهم به حق الشفعة كل في القسم الذي يكون أمام أرضه حتى خط مفترض في وسط النهر مقابل الثمن الذي يحدده الخبراء خلال ثلاثة أشهر من التبليغ الموجه إليهم.

وبتعبير آخر، إن الأملك العمومية التي تنحرف عنها مجاري الأهمار تباع بالأفضلية للملاك المجاورين لها أو لغيرهم إذا لم يتقدموا للشراء في الأجل المحدد. وبالرغم من أن صياغة الفصل المذكور لا تحير بالشفعة المعروفة قواعدها في الملك على الشياخ وقواعد الإمام مالك، فإن لفظ الشفعة الواردة فيه تقنية الباعث عليها رغبة المشرع في ضم الأراضي الزراعية إلى بعضها لأهمية ذلك الاقتصادية، وخلفتها الفكرية "إن كان مالكا فلسنا له بمالك".

ويظهر أن المشرع يتبنى لفظ الشفعة بكل معانيه اللغوية، فهي ضم كما هي أخذ، فالشفعة ضم والضم شفعة، والصقب شفعة، تستحق بالشركة كما تستحق بالملاصقة والجوار.

وتبقى الإشارة إلى أن هذا النوع الآخر من "الشفعة" رهين تفعيل حكمه بظروف جغرافية وحيوفيزيائية ومناخية، ناذرا ما تحدث.



## المبحث الثاني الملكية المشتركة للعقارات المبنية

المطلب الأول: تحديدها

أولاً: تعريفها

إذا لم يعرف المشرع المغربي الملكية المشتركة للعقارات المبنية شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي<sup>407</sup>، فإنه بالرجوع إلى المواد 1 و2 و3 و4 من الظهير الشريف رقم -1-2-298 الصادر في 25 من رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 نجد أن هذا النظام ينصب على:

- العقارات المبنية المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات والمشاركة ملكيتها بين عدة أشخاص والمقسمة إلى أجزاء يضم كل جزء منها جزءاً مفرزاً وحصّة في الأجزاء المشتركة.

- مجموعات العقارات المبنية وعلى مختلف الإقامات المؤلفة من بنايات متلاصقة أو منفصلة وبها أجزاء مشتركة مملوكة على الشيوع لمجموع الملاك.
- العقارات سواء أكانت محفظة أو في طور التحفيظ أو غير محفظة.
- تقوم على تقسيم العقار المبنى إلى طوابق ومحلات أو شقق.
- تتكون من الأجزاء المشتركة وأجزاء مفرزة خاصة.
- تتطلب تعدد الملاك وتعدد طبقات وشقق العقار المنقسم.
- لا تتطلب بالضرورة أن تكون الأرض المقام عليها البناء مشتركة بين كل الملاك.

وبناء عليه، يمكن تعريف الشركة في ملكية العقارات المنقسمة إلى محلات ذات بعض الحجرات أو ملكية الطبقات بأنها الحالة القانونية التي يكون عليها العقار

<sup>407</sup> = قانون 28 يونيو 1938 و قانون 10 يوليوز 1965

إذا قسم إلى عدة طبقات وشقق يملكها بصورة منفصلة عدة ملاك ملكية خاصة وأجزاء مشتركة جبرا بينهم.

### ثانياً: تاريخها وتطورها

يذهب كثير من مؤرخي القوانين<sup>408</sup> إلى أن نظام ملكية الطبقات أو الملكية المشتركة في عقار مجزأ بين ملاك متعددين عريق في القدم وملازم لاستقرار أو تحضر الإنسان، ويرى بعضهم أن هذه التجزئة القانونية للعقار قد ظهرت لأول مرة في مصر القديمة في عهد الدولة الرومانية الشرقية، ومنها انتشرت إلى الجزء الشرقي من حوض المتوسط<sup>409</sup> ، ويرى آخرون أن هذا النظام كلداني الأصل<sup>410</sup>.

ويبدو أن الفقه المغربي المالكي قد عرف هذه الظاهرة قبل القوانين الأوروبية التي لم تعرفه إلا إثر التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها منذ بداية القرن العشرين<sup>411</sup>.

واستناداً إلى هذه الوثيقة "الحمد لله اشترى فلان ابن فلان الفلاحي من البائع له فلان بن فلان الفلاحي المذكور مشترياً للفندق أو للحانوت أو الدار الكائنة بالحومة الفلانية رقم كذا المحدودة بالرسم أعلاه، يليه لزوقا المؤرخ بكذا والمضمن بكذا والمسجل بكذا بتاريخ... جميع عشرة أمتار من الفضاء الذي مما فوق سقف الحانوت أو الفندق أو الدار المذكورة ليبنى فيها مصرية بالآجر المعجوب أو بالطوب وجميع سقفها بكذا... على أن يكون ارتفاعها ثمانية أمتار ومساحتها كذا ويكون بسفليها بيتان وبفوقها صالتان وبها المطبخ وكنيف تصب قنواته في

<sup>408</sup> = نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن حق الملكية للدكتور مصطفى الجمال الدار الجامعية

<sup>409</sup> = ملكية طبقات المنازل في القانون الفرنسي والقانون المصري لعلي الغازي دار الفكر العربي 1949

<sup>410</sup> = القانون في العراق القديم للدكتور عامر سليمان بدون تاريخ الطبع

<sup>411</sup> = صدرت قوانين الملكية المشتركة في بلجيكا في 8 يوليوز 1942 وفي إيطاليا في 15 يناير 1934

المتمم بقانون 1-10-1935 وفي فرنسا في 28 يونيو 1938 وتعديله في 10 يوليوز 1965. وفي

هولندا في 20 دجنبر 1951

ناحية كذا ويصب قادوس ميزابها في جهة كذا ومدخلها ودرجها من ناحية كذا بما للمبيع المذكور من المنافع والمرافق والحقوق كلها اشتراء تاما لا شرط فيه ولا ثنيا ولا خيار بثمن قدره كذا قبضه البائع المذكور من المشتري المذكور عيانا أو اعتراضا وأبرأه منه وتملك المشتري المذكور مشتراه تملكا تاما على السنة في ذلك، والمرجع بالدرك بعد التقليب والرضى كما يجب اعترافه عرفا قدره شهدا به عليهما بأتمه وعرفهما وفي الساعة من يوم كذا<sup>412</sup>، يتبين مدى أسبقية الفقه المغربي إلى تنظيم ملكيات الطبقات بمرونة عالية، وتنهار نظرية كون القانون الفرنسي مصدرا ماديا وتاريخيا لقانون ملكية الطبقات المغربي<sup>413</sup> بكل ما في الكلمة من معنى، بالرغم من اختلاف بعض أحكامه مع أحكام الفقه المالكي خاصة منها ما يتعلق بالشفعة.

### المطلب الثاني: موقف الفقه والقانون من الشفعة في ملكية الطبقات

#### أولا: موقف الفقه الإسلامي

واجه الفقه الإسلامي ظاهرة ملكيات مفرزة يعلو بعضها فوق البعض، فأجاز هذا النوع من التمليك وفقا للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي تبيح التعامل في الأموال فرزا وشائعا، واعتنى ببيان القواعد المنظمة للالتزامات وحقوق كل من "مالك السفلى ومالك العلو" - "صاحب الملك الفوقاني وصاحب الملك التحتاني" -، لكن أحكامه على ثبوت الشفعة لملاك هذه العقارات مختلفة ومتناقضة باختلاف العلة المتخذة أساسا لها. ويوضح الإمام الكاساني ذلك قائلا: "ولو كان لرجل علو

<sup>412</sup> = راجعه في: التدريب على تحرير الوثائق العدلية 1ص14 للغازي الحسيني الصنهاجي الأمنية الرباط، الطبعة 1- 1964. ويظهر أن المشرع المغربي قد نقل محتوى ما سبق في الفصل 483 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه "يقع صحيحا بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا، ويسوغ للمشتري أن يبني فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده ولكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع الهواء العمودي الذي يعلوه بغير رضا البائع الأصلي".

<sup>413</sup> = التحزئة القانونية للعقار للدكتور عبد القادر أزركي سوشريس الدار البيضاء

على دار، وطريقه فيها، وبقية الدار للآخر، فباع صاحب العلو العلو بطريقه، فالقياس أن لا شفعة لصاحب السفلى في العلو، وفي الاستحسان تجب "وإن كان المبيع عقارا والعلو منقولا فلا تجب فيه الشفعة. ووجه الاستحسان أن العلو في معنى العقار لأن حق البقاء على السفلى حق لازم الذي لا يحتل البطلان فأشبهه العقار الذي لا يحتل الهلاك، فكان ملحقا بالعقار فيعطي حكمه، ولو باع صاحب السفلى سفله كان صاحب العلو شفيعا لأنه جاره" 414.

ويجري العمل بالشفعة عند الفقهاء الحنفية في العلو لأن له صفة العقار من حيث الثبات والاستقرار "فإذا باع صاحب العلو ثبتت لصاحب السفلى الشفعة بسبب الجوار مثله مثل أصحاب الجوار الجاني، فالجوار الرأسي كالجوار الجاني في إثبات الشفعة" 415.

أما المالكية فيقولون بعدم ثبوت الشفعة لأحدهما على الآخر حتى ولو قامت شركتهما في مرافق العقار ويرون "أن الدار إذا قسمت إلى بيوت واختص كل شريك بيت أو بيوت منها، وبقيت مرافقها من ساحة وطريق ودرج وباب مشترك بين المالكين ثم باع أحدهم البيت الذي يملكه بنصيبه من تلك المرافق التي لم تقسم فلا شفعة لباقي المالك في الشفعة" 416.

بمعنى آخر، إذا قسم عقار إلى عدة محلات أو شقق وإلى طبقات متعددة على نحو يملك كل شريك بمفرده إحدى هذه المحلات أو الطبقات ملكية فردية مفرزة ويملك على الشياخ مع غيره من الشركاء أجزاء في مرافقه، فإن ملاك هذه المحلات أو الطبقات ملكية فردية ومفرزة لا ينشأ لهم حق الشفعة فيما إذا باع أحدهم حصته على اعتبار أنهم ليسوا شركاء على الشياخ في المحلات أو الشقق وبناء على أن المرافق تابعة للجزء المفرز وخادمة له وليست حقوقا عينية. وإذا باع أحد

414 = بدائع الصنائع 5 ص 9

415 = الدكتور عبد العظيم شرف الدين ص 451

416 = الدكتور بن معجوز م س

المالكين البيت الذي يملكه بنصيبه من تلك المرافق التي لما تقسم فلا شفعة لباقيهم.

### ثانيا: موقف المشرع المغربي

نظم المشرع المغربي الملكية المشتركة للعقارات المبنية بالظهير الشريف رقم 102.298 الصادر في 25 من رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 الملغي لظهير 21 ذي الحجة 1365 الموافق 16 نونبر 1946 الذي تسري أحكامه على العقارات المبنية المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات، المشتركة ملكيتها بين عدة أشخاص والمقسمة إلى أجزاء يضم كل جزء منها جزءا مفرزا<sup>417</sup> وحصه في الأجزاء المشتركة كما تسري هذه الأحكام على مجموعات العقارات المبنية وعلى مختلف الإقامات المؤلفة من بنايات متلاصقة أو منفصلة وبها أجزاء مشتركة مملوكة على الشيوع لمجموع الملاك، سواء أكانت محفظة أو في طور التحفيظ أو غير محفظة.

وتحدد مقتضيات المادة 6 منه النصيب الشائع لكل مالك في الأجزاء المشتركة على أساس مساحة الجزء المفرز العائد له بالنسبة إلى مجموع مساحة الأجزاء المفرزة في العقار حين إقامة الملكية المشتركة، ما لم ينص على خلاف ذلك في عقود الملكية<sup>418</sup>.

<sup>417</sup> = المادة: تعتبر أجزاء مفرزة من العقار الأجزاء المبنية أو غير المبنية التي يملكها كل واحدة من الملاك المشتركين بغرض الانتفاع الشخصي والخاص. وتعتبر الأجزاء المذكورة ملكا خاصا لكل مالك مشترك.  
<sup>418</sup> = المادة 3: تعتبر أجزاء مشتركة من العقار الأجزاء المبنية أو غير المبنية المخصصة للانتفاع والاستعمال من طرف الملاك المشتركين جميعهم أو بعضا منهم.

- المادة 4: "تعد أجزاء مشتركة: الأرض، هيكل العقار والأساسات والجدران الحاملة له والأقبية مهما كان عمقها، واجهة البناية، والسطوح المعدة للاستعمال المشترك، والدراج والممرات والدهاليز المعدة للاستعمال المشترك، مساكين الحراس والبوابين، المداخل والسراديب والمصاعد المعدة للاستعمال المشترك، والجدران والحواسر الفاصلة بين شقتين أو محلين التجهيزات المشتركة بما فيها الأجزاء التابعة لها والتي تخدم عبر الأجزاء المفرزة، والمخازن والمداخن ومنافذ التهوية المعدة للاستعمال المشترك. وتعد كذلك أجزاء مشتركة ما لم ينص على ذلك في سندات الملكية أو في حالة وجود تعارض بينها: الفضاءات والشرفات

ونص في المادة 39 على أنه "يمكن للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين أن ينشئوا حق الأفضلية فيما بينهم في جميع التصرفات الناقلة للملكية بعوض والتنصيب على كيفية ممارسة هذا الحق وآجاله في نظام الملكية المشتركة"<sup>419</sup>.

وبالرغم من صراحة المشرع في اعتبار هذا النوع من الملكية شركة، واعتبار الملاك شركاء، يظهر بوضوح أن هذا الاشتراك يختلف عن الشيعاء في النظرية العامة للقانون المدني، فبينما تلتبس حقوق الملاك وتختلط في كل ذرة من المال الشائع، ينحصر هذا الالتباس في الملكية المشتركة للعقارات المبنية في الأجزاء المشتركة دون الأجزاء المفرزة المملوكة ملكية فردية، وإذا كان العقار في الملكية الفردية والملكية الشائعة وحدة لا تتجزأ، وفي ملكية طبقات عقار واحد أو محلاته التي يملكها بصورة منفصلة عدة ملاكين، مجزأً إلى أجزاء مشتركة وأخرى خاصة، بحيث يجمع هذا النوع من الملكية بين وصفي الملكية الشائعة المتجسم في الأجزاء المشتركة بين جميع المالكين ووصف الملكية الفردية المتجسم في الشقة أو الطبقة،

---

غير المعدة أصلاً للاستعمال الشخصي، الساحات والحدائق، المحلات المعدة للاستعمال الجماعي. وبصفة عامة كل جزء يعتبر مشتركاً، أو تقتضي طبيعة العقار أن يكون مخصصاً للاستعمال المشترك".

<sup>419</sup> = الفصل 27 المعدل بظهير 10 يناير 1955 الملغى: "إذا وقع بيع أو صفقة لفائدة شخص ليس من نقابة الشركاء في الملك وكان هذا البيع أو الصفقة، إما اختيارياً وإما بأمر من العدالة، أي القضاء" فعلى الفريق المستعجل أن يعلم برسم التفويت للنقابة، بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل وعلى النقابة أن تنبه الشركاء في الملكية في أقرب وقت ممكن وفي إمكانية جميع الشركاء أو البعض منهم أو واحد فقط أن يحل محل المشتري، وذلك بأن يكون قد قام بالشرطين التاليين في ظرف أجل ستين يوماً كاملة تبتدئ من تاريخ الإعلام المنصوص عليه في الفقرة السابقة:

أولاً: أن يكون قد وجه رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بتسليمها، يعلم فيها الفريق الذي أحبره بالبيع أو بالصفقة بأنه قرر استعمال حق الأفضلية في الشفعة

ثانياً: أن يكون قد أودع مبلغ الثمن، مزادة عليها الصوائر القانونية إن أراد عدة شركاء في الملكية أن يستعملوا في آن واحد حق الأفضلية في الشفعة، أما كل واحد منهم على حدة، وإما بانضمام بعضهم إلى بعض، فتقع عندئذ قرعة بمحضر موثق ليفصل بينهم. ويتقادم حق الأفضلية في جميع الأحوال بانتهاء أجل سنة كاملة، تبتدئ من تاريخ تقييد البيع في الكناش العقاري".

فإنه يتبين بوضوح أيضا أن المشرع يعتبر حق المالك في طبقات العقار وحدة لا تتجزأ وإلا لما أغفل العلاقة بين الأجزاء الأصلية والأجزاء المشتركة، ولم يبين أيهما تابع وأيهما متبوع، أي، أي الجزآن خادم وأيهما مخدوم وما الحكم إذا بيع الجزء المشترك منها فقط.

ومما لا شك فيه أن المشرع المغربي قد تجاوز الجدال الفقهي القديم حول ثبوت أو عدم ثبوت الشفعة بين الجيران أو بين صاحب السفلى وصاحب العلو<sup>420</sup>، وإن وجهت إليه عدة انتقادات فقهية، ورغم ما يثيره مصطلح الأفضلية الوارد في النص المذكور من إشكالات تركت للملاك يعالجونها عن طريق نظام ملكية الشقق، فنص صراحة على ذلك.

خلاصة ما سبق، وباستقراء تام لنصوص القانون المغربي يلاحظ أن للشفعة فيه أكثر من معنى، فقد استعملها المشرع بمختلف معانيها الاصطلاحية<sup>421</sup>:

**1- الضم:** أي ضم الشريك حصة شريكه بسبب الشركة وضم المجاور أرضه إلى الأراضي التي تنحرف عنها مجاري الأنهار الضفاف الحرة إل أرضه بسبب الالتصاق.

<sup>420</sup> " وإنما الشفعة في المشاع. ولا شفعة فيما قسم. ولا لجار. ولا في طريق ولا عرصه دار قد قسمت بيوتها. ولا في فحل نخل أو بئر إذا قسمت النخل أو الأرض. ولا شفعة إلا في الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر. ولا شفعة للحاضر بعد السنة. والغائب على شفيعته وإن طالت غيبته، وعهدة الشفيع على المشتري. ويوقف الشفيع في ما أخذ أو ترك. ولا توهب الشفعة. وتقسم بين الشركاء بقدر الأنصبة": عن متن الرسالة تأليف أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمان القيرواني.

<sup>421</sup> En premier lieu, la commission a adopté un projet syncretique et résolument moderne. La matrice du code est plus européenne que française. Le contenu du code est un amalgame de divers systèmes européens et du droit malékite, parfois tinté de hanéfisme, mais en tout cas en ayant " les plus grands égards pour la doctrine traditionnelle de l'Islam elle n'a pas hésité à se faire hanéfitte partout ou les règles de cette Ecole convenaient mieux au système général du code et aux principes du droit européen. Il n'a rien dans tout cela qui ne soit conforme à la doctrine des jurisconsultes musulmans les plus autorisés : revue marocaine de droit et d'économie du développement p 29 n7

2- أفضلية في ملكية الشقق بعد أن كانت شفعة في قانون 26 نونبر 1946 الملغى.

3- الأولوية في القانون المالي، وتسمح نصوصه بالقول: إن في القانون المغربي ما يسمى "الشفعة الاختيارية"، كما فيه "الشفعة الجبرية" أو "القهرية"، وفيه "الشفعة الضريبية"، وفيه "الأفضلية بالشفعة"، وفيه "أفضلية".



## الفرع الثاني ثبوت ملكية المشترك

طبيعي أن يكون الشفيع شريكا بحصة على الشياح حين انتقال حصة أحد شركائه حتى يتمكن من المطالبة بالشفعة، فالشفعة ضم حصة مملوكة لشريك إلى حصة شريك آخر وتزويجهما في ملكية واحدة تقوية لمركز الشفيع، وهذه التقنية ترتبط بداهة في علاقة تلازمية وجودا وعدما بالاشترك الذي تقتضيه طبيعتها نفسها، ولا يمكن تصورهما بجدية دون وجوده، سواء أثناء نشوء الحق للشفيع فيها، أو أثناء استعماله له.

## المبحث الأول ملكية الشفيع

لا بد من أن يكون الشفيع يملك على الشيع الحصة المشفوع به ليكسب صفة المطالب بالشفعة. بمعنى أن الشفعة لا تقوم ولا توجد إلا إذا كان الاشتراك ثابتا للشفيع وسابقا وجوده على اشتراك المشفوع منه، وحيث أن ملكية الشريك لما يشفع به قد تكون كاملة كما قد تكون ناقصة بسبب ما يعترها من أوصاف، فإن نشوء حقه من شفعة ما يفوت في حصص الملاك معه على الشيع تختلف أحواله بحسب أحوال ملكيته:

### المطلب الأول: الملكية التامة

الملكية التامة هي الملكية المستوفية لعناصرها الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف بلا قيد أو نزاع أو ادعاء استحقاق من الغير، باستثناء ما تضعه القوانين من ضوابط وإجراءات لتنظيم ممارسة هذا الحق<sup>422</sup>، فإذا اكتسب شخص ملكية جزء أو حصة من عقار أو منقول على الشيع بسبب من أسباب كسب الملكية بدون شرط وانتقلت إلى ذمته كل عناصر الملكية ويستطيع أن يتصرف في ملكه بحرية واختيار، حق له المطالبة بشفعة ما يباع أو يعاوض من الشيء المشاع، إن شفع برقية أو بحق انتفاع وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع، وإن كان يشفع بحصة شائعة في منقول وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة، إذ لا يعقل أن يطالب بالشفعة من لم يكن مالكا للجزء الذي يشفع به. وإذا تعلق الأمر

<sup>422</sup> = راجع: الهبة م س ص 16

بعقار محفظ فإنه لا تثبت لطالب الشفعة صفة الشريك الذي يستحق الشفعة إلا إذا كان شراؤه مقيدا بالسجل العقاري قبل تقييد شراء المطلوب منه الشفعة، أما إذا كان تقييد شرائه بتاريخ لاحق لتقييد شراء المشفوع منه فلا شفعة له، ولو كان تاريخ عقد شرائه سابقا على عقد شراء المطلوب منه الشفعة الذي بادر فسجل شراؤه بالسجل العقاري<sup>423</sup>.

### المطلب الثاني: الملكية الناقصة

قد لا تكون ملكية الشفيع على الشياح كاملة، وإنما ناقصة متى اعترتها شائبة من شوائب النقصان الكثيرة، ففي الوعد بالبيع أو بالشراء أو بالتفضيل وفي البيع الابتدائي الملكية لا تكون تامة، بل، ناقصة ومحتملة، الحق فيها لا ينتقل إلى المشتري إلا إذا تمت وكملت، وليس للموعد له بالبيع أن يشفع على هذه الحالة، وكذلك الملكية المعلقة على شرط واقف أو فاسخ، فهي ملكية ناقصة بدورها لا تكتمل إلا إذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ في الآجال المتفق عليها، أما لو ثبت العكس فإن الملكية بالطبع تسقط وتصير في حكم العدم، فلا ملكية وبالتالي لا شريك ولا شفيع.

### أولاً: الملكية والشرط الصحيح الفاسخ

إذا كانت ملكية أحد الشركاء على الشياح تحت شرط فاسخ فإن ذلك لا يمنع طبقاً للقواعد العامة من اعتباره مالكا ينشأ له حق الشفعة إذا لم يتحقق الشرط الفسخ قبل نقل ملكية المشفوع به إلى مالك جديد، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل البيع مثلاً فلا تثبت له الشفعة لأن ملكيته زالت. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن الشفعة جائزة في البيع المعلق على الشرط الصريح الفاسخ لأن البيع في هذه الحالة يكون موجوداً وناظراً من وقت إبرامه وعلى الشفيع أن يراعي

<sup>423</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 614 في 28-11-1979. مجلة رابطة القضاة عدد 4 ص 5 يونيو 1972

مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة فيه، فإذا فسخ البيع بتراضي الطرفين بعد طلب الشفعة، فإن ذلك لا يعدم أثرا بالنسبة للشفيع، ويظل حقه في الشفعة قائما.

### ثانيا: الملكية والشرط الواقف

من المبادئ العامة أن الالتزام إذا كان معلقا على شرط واقف لا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، ويترتب عنه أن الشريك المعلقة ملكيته على شرط واقف لا يكون مالكا في الحال وبالتالي، لا يستطيع أن يشفع الحصة المنتقلة من الملك الشائع إلى مالك جديد لكونه غير مالك وقت الاستحقاق.

### ثالثا: الملكية بسند باطل أو قابل للإبطال

من المسلم به أن عقد الشريك إذا كان باطلا بطلانا مطلقا كما لو تملك بهبة لم تعمل بمحرر رسمي لا يكون له حق الشفعة لأن العقد الباطل في حكم العدم، وللمشفوع منه أن يتمسك ببطلان عقد شراء الشفيع للحصة التي يدعي بها الاشتراك.

أما إذا كان سند ملكية الشريك للعقار المشفوع به قابلا للإبطال كما لو صدر من ناقص الأهلية أو مشبوب بعيب من الرضا فإن البيع القابل للإبطال إذا سحل ينقل الملكية إلى الشفيع فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال وتجاوز الشفعة بها. وإنما يشترط ألا يحكم ببطلان العقد قبل الحكم بالشفعة نهائيا، لأن الشفيع يلزمه أن يبقى مالكا حتى تملك العقار المشفوع، وليس للمشتري المشفوع منه التمسك ببطلان ذلك العقد، إذ التمسك بالبطلان متوقف على من تقرر لمصلحته.

## المبحث الثاني ثبات وحيازة الملكية

### المطلب الأول: ثبات ملكية الشفيع

ثبات واستقرار ملكية الشفيع للحصة المشفوع بها ووجودها في ذمته أمر لازم لممارسة حقه في الشفعة، بمعنى، أن الشفعة لا تكون ولا تقبل المطالبة بها إلا إذا كانت ملكية الشفيع لما يشفع به سابقة في وجودها وثباتها على ملكية المشفوع منه للمشفوع المراد تملكه بالشفعة.

ويلاحظ أن للفقهاء الإسلامي أقوالاً عدة في هذه النقطة بسبب نظره إليها من زاوية الزمان في أبعاده الثلاثة، يمكن جمعها في رأيين مركزين:

#### أولاً: وجوب ثبات ملكية الشفيع حال البيع فقط

ويعني أن تكون ملكية الشفيع للحصة المشفوع بها ثابتة قبل وحال بيع شريكه حصته لكنها تزول بعده، وقبل مطالبته بحقه في الشفعة. وقد اختلفت أحكام المذهب المالكي فيما إذا كان للشريك الحق في الشفعة في هذه الحالة كالتالي:

#### 1- روى يحيى عن ابن القاسم روايتين:

\* ينشأ له الحق في الشفعة بمجرد بيع شريكه حظه، ولا يزول ببيعه هو لنصيبه.  
\* إن باع الشريك حظه قبل علمه ببيع شريكه فله الشفعة، وإن باع بعد علمه به فلا يشفع.

2- يقول أشهب بأن مالكا قال مرة: له الأخذ بالشفعة. وقال مرة: ليس له أن يشفع. واختار هو أن لا شفعة له في الحالتين، وهذا هو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة<sup>424</sup>، وهو المعتمد في المذهب المالكي، وهو قياس قول الشافعي

<sup>424</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 77

والكوفيين لأن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة - كما يزعمون - والمطالب بحق الشفعة لم يعد شريكا لزوال سبب الاستحقاق بزوال ملكه<sup>425</sup>.

**ثانيا:** وجوب ثبات ملكية الشفيع من قبل تصرف شريكه إلى الاستشفاع اتفق الفقهاء على أن ثبوت ملكية الشفيع قبل معاوضة شريكه بنصيبه وبقاءها كذلك إلى حين تملك المشفوع منه الحصة المعاوز بها من الملك على الشيع واستمرارها دائما على هذه الحالة حين المطالبة بالشفعة شرط لاستحقاقه ضم تلك الحصة إلى ملكه.

وبالنسبة للعقار المحفظ فقد ذهب المجلس الأعلى إلى عدم ثبوت لطالب الشفعة صفة الشريك التي يستحق بها الشفعة إلا إذا كان العقد الذي تملك به الحصة المشفوع بها مقيدا بالسجل العقاري قبل تقييد عقد تملك المطلوب منه الشفعة، وإذا كان تقييد شراء الطالب قد تم في تاريخ لاحق لتقييد المطلوب منه الشفعة فلا حق للأول في المطالبة بالشفعة ولو كان تاريخ عقد شرائه سابقا على تاريخ عقد المطلوب<sup>426</sup> منه الشفعة.

ويترتب عليه أن الشفيع، باعتباره شريكا، يجب أن تتوافر فيه هذه الصفة حين الأخذ بالشفعة، من قبل أن يبيع شريكه نصيبه، ويبقى شريكا حين البيع، ويستمر على شركته عند مطالبته بحقه في الشفعة. "فلما كانت العبرة في الأسبقية بالنسبة للعقارات المحفظة هي التسجيل، لأن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل حتى بين المتعاقدين إلا اعتبارا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري اعتمادا على الفصين 66 و 67 من الظهير الصادر في 13-8-1913 المنظم لمسطرة التحفيظ العقاري، فإن الشريك الذي لم يسجل حقه أو الذي سجل حقه بعد أو في نفس تاريخ تسجيل الحق المتصرف فيه لا يستطيع أن يطالب بالشفعة<sup>427</sup>.

<sup>425</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م س

<sup>426</sup> = قرار عدد 127 بتاريخ 23-2-1977 مجلة المحاكم المغربية عدد 16 ص 176

<sup>427</sup> = قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 13-3-1947-1947 مأمون الكزبري م س ص 178

غير أن المجلس الأعلى تراجع عن هذا المبدأ وقرر أنه "يجوز للشفيع أن يمارس حق الشفعة ولو قبل تسجيل عقد الشراء على الرسم العقاري، لأن مقتضيات المنصوص عليها في الفصلين 31 و32 من ظهير 2 يونيو المتعلق بالعقار المحفظ، تحدد آجال السقوط، وليس فيها ولا في غيرها من المقتضيات الأخرى ما يمنع الشفيع من استعمال حقه في الشفعة ولو قبل التسجيل"<sup>428</sup>، ولذلك لا محل للاحتجاج بالفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود"<sup>429</sup> ولا بالفصل 32 من ظهير يونيو"<sup>430</sup>، وأضاف "أن الفصل 25 من ظهير 2 يونيو الذي يعطي الشريك على الشيع الحق في أن يحل محل المشتري في استحقاق الحصة المبيعة بواسطة الشفعة، هو نفسه الذي يعطي لهذا الشريك الحق في أن يطالب المشتري بتسجيل شرائه على الرسم العقاري حتى يتمكن بدوره من تسجيل الاستحقاق بالشفعة، وتكون المحكمة قد خرقت القانون لما رفضت طلب تسجيل الشراء بدعوى أنه لا يوجد في القانون ما يلزم المشتري بذلك"<sup>431</sup>.

### المطلب الثاني: حيازة الحصة المشفوع بها

المقصود أن يكون الشفيع حائزا لحقه المشاع الذي يشفع به بحيث يكون تحت سلطته"<sup>432</sup>، لأنه لقبول الشفعة لا بد أن يكون طالبها حائزا لواجبه الأصلي الذي

<sup>428</sup> = قرار 588 في 20-9-1976. مجلة القضاء والقانون عدد 130 نونبر 1980 ص 85

<sup>429</sup> = يكون البيع تاما بمجرد تراضي عقديه، أحدهما بالبيع والآخر بالثمن، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد.

<sup>430</sup> = قرار المجلس الأعلى 614 في 28-11-1979. مجلة رابطة القضاة 4 ص 5 السنة 18 يونيو 1982

<sup>431</sup> = قرار رقم 539 بتاريخ 6-3-1985. مجلة القضاء والقانون عدد 135 ص 136

<sup>432</sup> = الحوز والحيازة، بمعنى قبض، يقال حاز الشيء يحوزه حوزا وحيازة، إذا قبضه ووضع يده عليه، وأدخله في حوزة وملكه. وفي لسان العرب حاز الإبل يحوزها ويحيزها حوزا وحيزا وحوزها، أي ساقها رويدا. والتحوز التلب والتحك والتحيز التلوي والتقلب، يقال تحوزت الحية وتحيزت أي تلوت. وتحوز تحيز الحية أي أبطأ في القيام. والحوز من الأرض أن يتخذ منها الرجل موضعا محدودا. وحوز الدار وحيزها المراق المنضمة إليها وكل مكان أو ناحية على حدة تسمى حيزا.

يشفع به<sup>433</sup>. ولا يكفي أن يكون الشفيع حائزاً وواضعاً اليد به بنية التملك دون أن يتم له التملك فعلاً لواجبه الذي يشفع به، بل، يتعين على القاضي،

<sup>433</sup>= قرار عدد 189 بتاريخ 4-6-1976. بمجلة القضاء والقانون عدد 127 - 135:

باسم جلالة الملك. وبعد المداولة طبقاً للقانون

من حيث الشكل: حيث إن طلب النقض قدم على الصفة وداخل أجله القانوني فهو مقبول شكلاً. من حيث الموضوع: حيث من عناصر الحكم المطلوب نقضه الصادر من إقليمية طنجة في 20-6-1972 في القضية لديها عدد 1972-2720 ادعاء الاخوة عبد القادر وأحمد وفاطمة أبناء محمد بن عبد السلام الكموط وأخيهم للأُم محمد بن أحمد المسناني لدى قاضي محكمة طنجة تحت عدد 4671 - 72 على محمد بن قنور بن علّال المسكوكي طالبين الحكم عليه بتسليمهم من شفعة الأرض المسماة الدوافة بمدشر العوامة بفحص طنجة المحدود بالمقال الافتتاحي، التي اشتراها من خالهم أحمد بن حمو لكوها ما زالت في الشيعاء بينهم وبين البائع، وقد أنجز لهم ثلثهم فيها من أهمهم رحمة أخت البائع المذكور مستدلين بإرائتها عدد 41 وأجابه المدعى عليه، فعن الشراء ممن ذكر لجميع الأرض بالاعتراف وعن الشركة والشيعاء فيها بالإنكار فأدلى وكيل المدعين ج محمد الودراسي بلفيف عدد 358 بتسليم مورثهم لثلث الأرض مشاعاً مع أخيها أحمد البائع للمدعى عليه فلم يسلمه هذا الأخير وأدلى بلفيف عدد 158 بتملك البائع لجميع المبيع وبعقد عام 1959 بشرائه منه للجميع ولم يسلم وكيل المدعين هذا المدلى به وبين المدعى عليه أنه اشترى جميع الأرض المدعى فيها وبعد الإعذار حكم قاضي الدرجة الأولى بإلغاء دعوى المدعين معللاً حكمه بأن المدعين لم يطلبوا استحقاق ثلثهم من المدعى فيه وأن ملكية البائع قديمة التاريخ فترجح مع كون المدعى فيه محوز بيد بائعه ثم بيد مشتريه وبأن ملكية البائع فيها ألماً لم تتم إلا بعد إفادة قيادة الفحص بأن الأرض ملك لبائعه دون منازع أو معارض، واستأنفه وكيل المدعين مبيناً سببه بأن المدعى عليه لم يطعن في ملكيتهم وأن حيثيات الحكم الابتدائية متناقضة وبأنه لا معنى لطلبهم استحقاق واجبه لهم لأنه لم ينازعهم أحد في والدتهم وبأن حيازة الأقارب أربعون سنة وأجاب وكيل المستأنف عليه ج العراقي بمذكرة قالت عنها المحكمة: إنها طويلة الذيل عديمة الجدوى وحكمت بإلغاء الحكم الابتدائي وباستحقاق المدعين للشفعة معللة حكمها بهم أثبتوا ملكيتهم للمدعى فيه شباعاً مع البائع وبأن ملكية البائع بدون إثبات وجه اختصاصه لا تنفعه إلا بطول المدة.

وحيث يعيب المدعى عليه على هذا الحكم الاستئنافي بالأسباب الآتية:

السبب الأول: عدم الجواب على مستندات الأطراف: إن المحكمة الإقليمية لم تجب على دفع الطاعن التي أدلى بها أمامها في مذكرته المسلحة بكتابة الضبط يوم 16 - 6 - 1972 ولم تناقش ما بها مكتفية بالقول بأنها عريضة وطويلة الذيل عديمة الجدوى مع أنها اشتملت على كون المدعين استدلوا بأن الحيازة بين الأقارب هو أربعون سنة وهو استدلال في غير محله لأنه إذا كان التشاجر أو العداوة فمدتها عشرة



وهو يعرض لثبوت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بالتقادم، مثلاً، أن يبين في حكمه مدى توافر شروط هذه الملكية من وضع يد مستمر وهادئ وظاهر، مقترن بنية التملك، وأن يبين بما فيه الكفاية، الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يتبين منه أنه تحررها، وتحقق من وجودها.

أعوام واشتملت أيضاً على ملكية البائع مقدمة على غيرها لقدم تاريخها، وعلى أن الأرض محوزة عند بائعها ثم عند مشتريها.

السبب الثاني: عدم الارتكاز على أساس قانوني فإن قاضي الدرجة الأولى استنتج أن الحظ الذي كان المدعون يطلبون به الشفعة لم يطلبوا استحقاقه وقد أصبح موضوع خصومة، فإن ملكية البائع مقدمة على غيرها لما ذكر بالسبب قبله، واستحقاق الشفعة يستوجب ثبوت الملك والشركة فيه من طرف طالب الشفعة وقد أثبت الطاعن اختصاص البائع له بملكية أشير لمضمونها سابقاً ولينتج عن ذلك أن هنالك نزاعاً جدياً حول الاستحقاق، فالمدعون يزعمون تملكهم لثلث مشاع وهو يحتاج للإثبات والعارض أثبت تملك البائع له لجميع المدعى فيه والمحكمة الاستئنافية لم تلتفت إلى كل ذلك وحكمت بالشفعة قبل البت في الاستحقاق، لكن ففيما يتعلق بما استدل به الطاعن:

بناءً على مقتضيات الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية، وحيث يتجلى من نسخة الحكم المطلوب نقضه أن الطاعن أدلى بمذكرة جوابية عن مقال الاستئناف، وهي تتضمن أوجه دفاعه ومستنتاجاته، ولم تجب المحكمة الاستئنافية عنها بأي جواب، واكتفت بالقول بأنها طويلة الذيل عديمة الجدوى وهو قول لا يصلح رداً لما دافع به الطاعن عن نفسه في مذكرة جوابه. هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فإن الطاعن أجاب عن دعوى المدعين بأنه اشترى جميع الأرض المطلوب شفعتها وأثبت تملك البائع له لجميع مشتراه، فكان على المحكمة بآدي ذي بدء التحقق من كون المدعين طالبي الشفعة حائزين لواجبهم الأصلي الذي به يطلبون الشفعة أم ليسوا بحائزين له، وأن جميع الأرض توجد حقيقة بيد المدعى عليه، وعند ظهور الحقيقة ترتب حكمها عليها لما هو مقرر معلوم في تعريف الشفعة من أنها أخذ شريك ممن تجدد ملكه، والشريك لا يتحقق معناه إلا بوجود حظه المثبت لشريكه شيئاً في المطلوب شفعتها أما قبل ثبوت الجزء الشائع فإن الدعوى تكون حينئذ في استحقاق هذا الجزء، وبعده تنبئ آثاره عليه قبولاً لطلب الشفعة أو عدمها، وذلك ما يجعل حكم المحكمة الإقليمية غير مرتكز على أساس ويجعل ما نعاد الطاعن عليه في محله.

ومن أجله: قضى المجلس الأعلى بنقض حكم إقليمية طنجة الصادر بتاريخ 20 - 6 - 1972 وبإحالة النازلة على استئنافية طنجة للبت فيها طبق القانون ويتحمل المطلوب ضدّهم النقص صائره. كما قرر إثبات حكمه في سجلات المحكمة الإقليمية بطنجة إثر الحكم المطعون فيه أو بطرته.

وإذا ادعى شخص أنه شريك لآخر على الشياخ في عقار، وأثناء دعوى الاستحقاق يبيع المدعى عليه العقار كله أو بعضه فقد اختلف العلماء في اعتباره شفيعا:

1- يرى المالكية وبعض الفقهاء أن هذا الشخص يستحق الشفعة إذا تبين عند الحكم باستحقاقه ما يدعيه أنه كان شريكا قبل البيع لأن المعتبر في نظرهم وجود الشركة لا ثبوتها، ولذلك ليس هناك فرق بين أن يكون نصيبه في حيازته وملكيته له ظاهرة أو لم تكن كذلك ما دامت قد ثبتت بعد.

2- يرى البعض الآخر من الفقهاء أن المدعي لا يستحق الشفعة لأن الشركة التي يستحق بها الشفعة إنما ثبتت له يوم الحكم بها والمعتبر في وجوب الشفعة ثبوت الشركة لا وجودها.

ويجري العمل في المذهب على الرأي الأول. أما المجلس الأعلى فقد استقر<sup>434</sup> على أن من يدعي أنه مالك للواجب المشاع ويريد طلب الشفعة عليه أن يطلب هذا الواجب استحقاقا والباقي شفعة إما بنفس مقال الشفعة أو بطلب مستقل، فإن طلب شفعة كل المبيع دون أن يطلب استحقاق واجبه الذي يشفع به حكم بإلغاء دعواه على الحالة لكونها سابقة لأوامها.

وتحذر الإشارة إلى أن الشفيع "لو طلب استحقاق واجبه الذي يشفع به وطالت المسطرة في ذلك مدة عامين أو أكثر ما بين زمان البيع وزمان

<sup>434</sup> = يجب لقبول طلب الشفعة أن يكون طالبا حائرا بالفعل الواجب الأصلي الذي يشفع به، وإلا كان طلبه سابقا لأوانه، ولا يمكن ممارسته إلا بعد استحقاقه الواجب المذكور - ولما كان المطالب بالشفعة قد اشترى العقار بكامله وبحدود معينة لا جزء شائعا فيه، الأمر الذي يفيد أن طالب الشفعة ليس حائرا للواجب الأصلي الذي يشفع به، فقد كان على هذا الأخير لكي تقبل دعواه أن يطلب واجبه استحقاقا والباقي شفعة، وأن المحكمة لما قبلت مع ذلك دعوى الشفعة، تكون قد أحلت بالمبدأ الفقهي الذي يقضي أن من شروط الشفعة أن يكون الشفيع مالكا للواجب الأصلي الذي يشفع به، ما يعرض قرارها للنقض: قرار المجلس الأعلى عدد 176 في 18-3-1980. مجلة قضاء المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية ص. 263.

الاستحقاق، فإن أجل ممارسة الشفعة لا يفوت بعد ذلك، وإنما يتدئ أجلها بالنسبة إليه من تاريخ صيرورة الحكم بالاستحقاق فهائيا عملا بالقاعدة الفقهية القائلة "لمن كمل له الاستحقاق في نصيب من الملك أن يأخذ ما كان يباع منه بالشفعة ولو طالت المدة ما بين زمان البيع وزمان الاستحقاق، وهو ما استقر عليه المجلس الأعلى" <sup>435</sup>.

<sup>435</sup> = قرار عدد 189 بتاريخ 6 ص 4 ص 1976 ملف شرعي رقم 68352، مجلة القضاء والقانون

## الفصل الثاني

### انتقال حصة من الملك على الشيع

لا بد في ضوء القانون المغربي، لنشوء حق الشفعة، من أن تخرج حصة على الأقل من الملك على الشيع من ملكية أحد الشركاء، خروجاً قاطعاً، وأن تنتقل منه انتقالاً تاماً بعوض مالي، ولا يعتد في ذلك بمجرد إنشاء العقد دون النظر إلى القبض أو التسليم وعدمه كما عليه الحال في القوانين العربية.

ومبدئياً تنتقل الملكية في قواعد المذهب المالكي خلافاً للقوانين العربية بمجرد إبرام العقد على وجه صحيح نافذاً وخال من الخيارات كخيار الشرط أو التعيين أو العيب.

أما المشرع المغربي فإنه عالج أحوال هذا الانتقال في فرضيتين:

**1-** إذا كان موضوع الملكية على الشيع شيئاً منقولاً فإن انتقال الملكية وخروجها من ذمة أحد المالكين يتم من تلقاء نفسه بحكم القانون. بمجرد إبرام العقد إذا كان المنقول معيناً بالذات، وبفرز الحصص إذا كان معيناً في نوعه فقط.

2- إذا كان الشيء المشترك عقارا فإن ملكيته لا تنتقل إلا إذا احترمت شكلية الكتابة الثابتة التاريخ<sup>436</sup>. وإذا كان هذا العقار محفظا فإن انتقال ملكيته إلى المشفوع منه لا يتم إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري<sup>437</sup>.

والأصل أن ينقل مالك على الشياح حصته إلى غيره إما بمعاوضة وإما بتبرع، غير أن في هذين التصرفين خلافا فقهما وقانونيا في إنشائهما حق الشفعة. وجذر الخلاف وأصله خير جابر الذي رأينا أنه لا يعول عليه كثيرا في التنظير للشفعة.

<sup>436</sup> = الظهير الصادر بتاريخ 7 يوليو 1914: يرى لويس ميبو أن هذا الظهير قد أكد عرفا سابقا كان يقضي بوجوب الإشهاد كتابة على كل التفويتات العقارية أمام العدول يلزم هؤلاء العدول بالحصول على إذن القاضي بتحرير سندات الملكية.

<sup>437</sup> = ينص الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري أن "الأفعال الإدارية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف بعضهم على بعض، وكذا بإمكانية إقامة دعوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقهم" وتطبيقا لهذه المقتضيات جاء في قرار أنه "إلى أن يسجل على الرسم، فإن كل شراء للعقار المحفظ لا ينتج أي أثر ولو بين الأطراف، ولا يكسب المشتري أي حق عيني على العقار كما لا يعطيه حق المطالبة بوضع يده عليه ولا المطالبة بشماره" القرار رقم 920 الصادر عن المجلس الأعلى في 30 ماي 1984، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37-38 يونيو 1986 ص 7 و 8 : انظره بمؤلف الدكتور محمد شبلح ص 28.

## الفرع الأول انتقال الملكية بعوض نقدي

التصرفات العوضية المنشئة لحق الشفعة في القانون المغربي هي البيع والمقايضة التي سماها المشرع بالمعاوضة في معناها الضيق، وبمعنى أدق البيوع والمعاوضات، وإن شئت قلت المعاوضة<sup>438</sup> فحسب، لحقيقتين:

1- المشرع في عرضه للعقود التي ترد على الملكية ذكر البيع بوجه عام، ثم بعض أنواع البيوع، ويستنتج من إطلاقه البيوع بصيغة الجمع أن مفهوم البيع في التقنين المغربي أوسع مما هو عليه في التقنينات اللاتينية.

2- المشرع لم ينطلق من داخل عقد البيع ليلور الخصائص المميزة له، وإنما اكتفى في تعريفه بأنه "عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له"<sup>439</sup> دون أن يبين أن المقصود بالمقابل الذي يدفعه المشتري للبائع هو الثمن النقدي فلم يميز بذلك بين عقد البيع وعقد المعاوضة شأن الفقه الإسلامي.

وإذا كانت نقدية الثمن هي المعيار الوحيد بين البيع والمعاوضة، والميزة الأساسية التي يتميز بها عقد البيع في القوانين المدنية المعاصرة، فإن عدم التنصيص عليها يجعل عقد البيع في التقنين المغربي في الواقع مجرد التزام بإعطاء شيء، أي،

<sup>438</sup> = عاض يعوض عوضا - بسكون الواو - وعياضا، وعوضا، وعواض، وأعاض إعاضة أعطاه عوضا، أي، بدلا. والعوض جمع أعواض، والعائض المعاوضة، البذل - بكسر الباء وسكون الدال أو بفتح كل منهما.

<sup>439</sup> = راجع الدكتور خالد عبيد م س ص 50

التزام بتحقيق نتيجة، ويضعه في وضعية مبادلة مال بمال كما هو الحال في المعاوضة التي يشترط ألا يكون المقابل فيها نقدا.

وإذا قارنا بين تعريف المشرع لكل من البيع والمعاوضة على اعتبار أنها "عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئا منقولا أو عقارا أو حقا معنويا في مقابل شيء آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر"، نجد أن المشرع لم يوضح أيضا في صياغته تلك الخصوصية التي تميزها عن عقد البيع، لأن النقود يمكن اعتبارها من الأشياء المنقولة ومع ذلك لم يستبعدها. وبالرغم من استعمال المشرع في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 عبارة "مشتري" وعبارات "يشترى" و"الشراء" و"المشتري" و"المبيع" في الفصول 29-31-32، فإنه لم يحسم في نقدية الثمن، فالبديل الذي يدفعه الشفيع للمشفوع منه الذي هو "الثمن ومصروفات العقد الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع، في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود، والمبلغ المؤدى في شرائها وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات وما أدى عنها من مصاريف لازمة للعقد" في الفصل 25 المذكور، يمكن أن يكون أي شيء له قيمة تداولية، فلا يخفى أن الألفاظ "الثمن" و"المبلغ" و"ما عليه"، عبارات فضفاضة لا توضح نوع الالتزام الذي يقع على الشفيع.

ومما لاشك فيه أن المشتري إذا لم يلتزم بأداء الثمن نقدا ما كان العقد المشئ لحقه أن يكيف بيعا. ويترتب عن هذه القراءة أن القول والقضاء بعدم الشفعة في العقارات المحفظة بالمعاوضة حكم متوهم بقدر توهم عقد البيع بعقد المعاوضة.

والواقع أن المشرع المغربي بنصه على البيع وعلى أنواع أخرى من البيوع يكون قد أخذ بالمفهوم الواسع لهذا اللفظ، المقصود منه "مبادلة مال بمال"، سواء كانت هذه المبادلة بيع عين بنقد، وهو البيع المطلق، أو بيع عين بعين، وهو المعاوضة أو المقايضة. ولذلك كان لا بد أن تختلف أحكام نشوء حق الشفعة بنقل ملكية حصة من الملك على الشياخ بالعبوض النقدي في ظل التشريع المغربي بحسب أنواع البيوع.

## المبحث الأول البيع

البيع في اللغة مصدر باع الشيء، بمعنى، أخرجته من ملكه أو أدخله فيه بعوض، فهو بمعنى المبادلة والمقابلة، مبادلة شيء بآخر، بضاعة ببضاعة أو بضاعة بثمان. والبيع ضد الشراء، وهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء، ويستعمل في لسان قريش في معنى الإخراج ولفظ الشراء في الإدخال<sup>440</sup>.

هذا المعنى الذي درج عليه الفقهاء المسلمون وتبنوه هو ما جعل المشرع المغربي أكثر دقة ووضوحا في أن لا شفعة إلا بدخول ملكية حصة من الملك على الشياح في ذمة المشتري.

وتطبيقا للقواعد العامة يشترط في عقد البيع حتى ينشأ به حق الشفعة أن يكون موجودا، أي ألا يكون باطلا أو صوريا.

ومبدئيا متى وجد البيع بعد توافر شروط الاستشفاع صح الطلب، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائي وعقد البيع الابتدائي والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقابل فيه، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال.

<sup>440</sup> = لسان العرب م س. ويرى بعض مؤرخي القانون المغربي أن الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود، يطابق الفصل 1528 من القانون المدني الفرنسي والفصل 443 من القانون المدني الألماني والفصل 1445 من القانون المدني الإسباني والفصل 1447 من القانون الإيطالي والفصل 1564 من المحلة التونسية، وتأثر بشرح تحفة الحكام للتا ودي بن سودة، وبشرح الزرقاني على مختصر خليل وعمرشد الحيران". لكن هذا التأريخ أو المصدر التاريخي، غير سليم، فضلا عن أنه لا يعقل إلا فيما يتعلق بقوله بتأثر المشرع بالفقه المالكي. والواقع أن صياغة الفصل المذكور تسمح بالقول أن مفهوم البيع في ظل التشريع المغربي أوسع عما هو عليه حاله في القوانين اللاتينية.



غير أن هذا المنطق لا يوافق منطق المشرع المغربي في قواعد الشفعة التي تفيد أن البيع النافذ أو الشراء التام الناقل للملكية الحصة من الشريك إلى المشتري هو وحده المنشئ لحق الشفعة، ولا عبرة بالبيوع الأخرى لأن الملكية بها لما تدخل في ملكية المشتري.

وإذا كان البيع النافذ لا يثير أي إشكال في كونه منشئاً لحق الشفعة في العمل الفقهي والقضائي، فإن هناك أنواعاً من البيوع الموصوفة بتثير بعض التساؤلات حول إنشائها له.

### المطلب الأول: البيع النافذ

ونقصد به في ضوء قانون الالتزامات والعقود البيع التام النهائي بمعناه البسيط الناقل للملكية، وهو البيع الذي تراضى أطرافه على عنصري الالتزام الأساسيين، وفقاً للقواعد العامة، وتحرير عقد رسمي أو عرفي، فتنقل به بقوة القانون ملكية حصة من ملك مشاع إلى المشتري. ولا فرق بين أن يكون عقد بيع الحصة من الملك على الشياح يباعاً بالمساومة أو يباعاً بالمزايدة، أو جبرياً في نشوء حق الشريك في شفعتها.

وقد أجمع العلماء المسلمون التقليديون على أن البيع، أي بيع، تثبت به الشفعة، بمعنى، أن الشريك ينشأ له الحق في شفعة الحصة التي باعها شريكه على الشياح استناداً إلى عموم حديث جابر. وجرى العمل بالمغرب على ثبوتها في البيع بالمزايدة خصوصاً فيما يتعلق ببيع الثمار<sup>441</sup> حتى لو كان البيع جبرياً .

أما الفقه المغربي القانوني المعاصر، فهو، وإن اتفق على نشوء الشفعة بالبيع بمعناه البسيط، يختلف على نشوئها بالبيع بالمزايدة أو بالبيع الجبري:

<sup>441</sup> = الحُرشي على خليل ص4 وهامشه بحاشية العدوي مصر 1308 - القوانين الفقهية ابن حزي ص55

-فيذهب اتجاه إلى "أن البيوع التي تجيز الشفعة هي البيوع الرضائية فقط، أما البيع الجبري الذي يحصل إثر إجراءات تنفيذية أو البيع بالمزايدة فلا يعطي للشركاء ممارسة حق الشفعة" ويرر هذا الموقف بأن المشرع لو أراد أن ينشأ حق الشفعة بالبيع بالمزاد العلني في ظل ظهير الالتزامات والعقود وظهير 2 يونيو 1915 لنص عليه صراحة<sup>442</sup>.

-ويرى اتجاه آخر أن "لا اختلاف في أن البيع بالمزايدة من البيوع التي ينشأ بها حق الشفعة، سواء كان الشريك حاضرا حال المزايدة أو لم يكن حاضرا، علم بالمزايدة في إبانها أو لم يعلم، إذا كان المبيع عقارا، أما إذا كان منقولاً فلا شفعة به"<sup>443</sup>.

-وتشاطر اتجاه المشرع المغربي المادة 939 من القانون المدني المصري، سواء كان المزاد العلني جبريا أو اختياريا، لأن حكمة المنع متوافرة في الفرضيتين، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل في المزاد، وعدم حضوره يحمل على إسقاطه وتركه لحق الشفعة<sup>444</sup>.

أما المجلس الأعلى فقد قرر عن حق "أنه متى كانت الشفعة هي الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياخ عقارات أو حقوقا عينية عقارية في أن يأخذ الحصة المبيعة بدلا من مشتريها بالشروط التي حددها القانون ومن بينها وجود الشراء، تبين أن المشرع لم يستبعد ما تم شراؤه بالمزاد العلني<sup>445</sup>، مسائرا في ذلك المعتمد من قواعد المذهب المالكي وعموم لفظ البيع في التشريع، ولذلك،

<sup>442</sup>= الدكتور مأمون الكزبري م س 2 ص 175

<sup>443</sup>= الدكتور محمد بن معجوز م س ص 166

<sup>444</sup>= شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ص 462 للدكتور عبد المنعم البدرابي الطبعة

<sup>445</sup>= قرار عدد 22 ملف مدني رقم 77021. مجلة المحاكم المغربية عدد 35 ص 74

فإن من يباع واجبه في عقار مشاع بصفة إجبارية تنفيذا لحكم، صدر عليه مثلا، فلشريكه على الشياح شفعة الحصة المبعة على الصفة المذكورة<sup>446</sup>.

### المطلب الثاني: البيع الموصوف

#### أولا: البيع المشروط<sup>447</sup>

إذا باع أحد المشترين حصته وشرط على المشتري تحت طائلة فسخ البيع أن يبني في أجل معين منزلا، بأوصاف ومقاييس معينة، نشأ لشريكه حق شفعة تلك الحصة، لكن بنفس الشروط، إذ يلتزم الشفيع بكل ما وصف به عقد البيع.

#### ثانيا: البيع المؤجل<sup>448</sup>

يرى الإمام مالك أن الشفيع ينشأ له حق الشفعة بهذا البيع، فإن كان مليا، فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل، وإن كان يخاف أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل، فإذا جاء بحميل أي بكفيل على ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له<sup>449</sup>، وإذا كان الشفيع غير مليء بالثمن، فعليه أن يأتي بكفيل أو ضامن، وإلا فعليه أن يعجل في الأخذ بالشفعة، فيصبح البيع معجلا.

قال ابن عاصم:

وحيثما الشفيع ليس بالملي قيل له سق ضامنا أو عجل.

<sup>446</sup> = قرار عدد 22 بتاريخ 14-1-1981 نقلا عن الدكتور بن معجوز م س

<sup>447</sup> = نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 107 من قانون الالتزامات والعقود أن "الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام وإما زواله". فالالتزام المقرون بشرط هو إذن التزم مجهول المصير، إذ الشك يدور حول معرفة ما إذا كان الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله سيتحقق أو لا يتحقق في المستقبل.

<sup>448</sup> = خص المشرع المغربي لبحث الأجل الفصول من 127 إلى 139. والأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على حدوثه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. ويشترك كما يلاحظ الأجل مع الشرط في أن كلا منهما ينصب على أمر مستقبل. ولكنهما يختلفان عن بعضهما اختلافا فالشرط أمر غير محقق الوقوع، في حين أن الأجل أمر محقق الوقوع، فهو آت لا محالة.

<sup>449</sup> = موطا الإمام مالك م س ص 504

وإذا عجز عن الأمرين يسقط حقه في الشفاعة.  
ولا يخفى ما في هذا الرأي من تضيق في ممارسة الشفيع لحقه. والحق أن يحل  
الشفيع محل المشفوع منه، ويلتزم بكل مما التزم به، دون قيد أو شرط أو تمييز.

## المبحث الثاني أنواع خاصة من البيوع

### المطلب الأول: بيع الثنيا أو البيع مع منح البائع إمكانية الاسترداد

بيع الثنيا هو العقد الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يرد إليه المبيع متى أتاه بالثمن الذي دفع إليه إذا لم يحدد لذلك أجل معين، أو أن يتفقا على أن يرد إليه المبيع إذا أتاه بالثمن في أجل مسمى متفق عليه، وإلى هذا المعنى أشار ابن عاصم:

والشرح للثنيا رجوع ملك من باع إليه عند إحضار الثمن، وهو بيع مفسوخ في المدونة، "فمن باع السلعة على أن البائع إن رد الثمن فالسلعة له لم يجز"

والبيع بالثنيا لفسخ داع والخرج بالضمان للمبتاع.

غير أن الفقهاء المالكية<sup>450</sup> كما اختلفوا في علة فسخه في رأيين:

- 1- يفسخ بيع الثنيا لأنه سلف جر نفعاً. وهو رأي سحنون وابن الماجشون.
  - 2- يفسخ بيع الثنيا لأنه باب من أبواب الربا، إذا وقع يفسخ فوراً بمجرد الاطلاع عليه، ولا يفوت بأي شيء مما تفوت به البيوع الفاسدة.
- اختلفوا في حكمه في ثلاثة آراء:

- 1- فرأى أخذ بحديث جابر<sup>451</sup> المشهور الذي اشترط فيه على النبي ﷺ ظهر الحمل إلى المدينة فوفى له، فالبيع صحيح والشرط صحيح وبه أخذ ابن شرملة.

<sup>450</sup> -الدسوقي 3 ص 483

<sup>450</sup> = التسولي : 2 ص 112 60

<sup>451</sup> -فتح الباري 5 ص 314

<sup>451</sup> = أخرجه البخاري في كتاب الشروط

2- ورأي أخذ بحديث بريرة<sup>452</sup> عن عائشة رضي الله عنهما، فقد اشترط أهل بريرة في البيع أن يكون الولاء لهم، فأخبرت عائشة رضي الله عنهما الرسول ﷺ فقال "خذيها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق" ففعلت، فاليوم صحيح والشرط باطل وبه أخذ ابن أبي ليلى.

3- ورأي أخذ بحديث جابر الذي هـى فيه الرسول ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا ورخص في العرايا، وفسروا الثنيا ببيع وشرط، وبهذا أخذ أبو حنيفة والشافعي فقالا في البيوع المقرونة بشرط إن البيع والشرط فاسدان<sup>453</sup>.

ويعد بيع الثنيا من أكثر مسائل النوازل المغربية تشعبا، اختلف في شأنه النوازليون إلى درجة انقسام الفقهاء إلى فرقتين، واحدة تقول بجوازه ومشروعيته والأخرى تقول بمنعه وتدعو لمحاربتة، واستمر هذا الوضع منذ القرن العاشر حتى أواسط القرن الرابع عشر الهجري، وخلال هذه الفترة الطويلة تدخلت الدولة عدة مرات لمنعه وتوقيفه، فقد تدخلت الدولة في عهد السعديين بواسطة قاضي الجماعة بتارودانت عام 971 هـ، وتدخلت الدولة العلوية عدة مرات لمنعه خاصة في عهد المولاي الحسن الأول الذي بعث برسائل رسمية فيه إلى قواده بسوس مؤرخة ب 1309-1310 هـ يأمرهم فيها بمنع الثنيا. وأخيرا صدر في 1345 هـ الأمر بمنعه<sup>454</sup>.

ومع ذلك ينص الفصل 585 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع أو بيع الثنيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه بعد تمام انعقاده بأن يرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن؛ ويسوغ أن يرد الثنيا على الأشياء المنقولة والعقارية".

<sup>452</sup> = أخرجه البخاري في كتاب البيوع -فتح الباري 5 ص 376

<sup>453</sup> = بداية المجهتد في تخريج أحاديث البداية 7 ص 280

<sup>454</sup> = فقه النوازل في سوس 448 ص 450 للدكتور حسن العبادي كلية الشريعة أكادير

وقد اختلف الفقه المغربي المعاصر حول تكييف وتحديد طبيعة هذا العقد في قولين:<sup>455</sup>

1- قول بأن بيع الثنيا هو أن يعقد البيع ويتفق الطرفان على أنه متى رد البائع الثمن للمشتري وجب على المشتري أن يرد المبيع، فينتهي أثر البيع بذلك، سواء حددت له مدة أو لم تحدد له.

2- وقول بأن بيع الثنيا هو ذلك البيع الذي بعدما ينعقد على وجه صحيح كغيره من البيوع البسيطة، تأتي بعده الثنيا أو الترخيص للبائع في استرداد المبيع. صحيح أن ما يوحى به الفصل 585 من قانون التزامات والعقود<sup>456</sup> يثير التساؤل عما إذا كانت الثنيا شرطا في نفس البيع أو يلتزم بها بعد البيع. لكن، وبالرغم من كون عبارات البيع مع الترخيص تفيد أن الثنيا تقع بمعية البيع، وتفهم أن الطرفين يتفقان عليها أثناء انعقاد عقده، أي، أنها تعد شرطا في نفس البيع وصلبه، لا عقدا مستقلا عنه ولا لاحقا له في الانعقاد، يظهر أن الثنيا يأتي في عملية التباعد بعد انعقاد البيع مباشرة، يؤكد تركيز المشرع على الالتزام الذي يضعه المشتري على عاتقه بعد انعقاد العقد برد المبيع للبائع، وهو ما يحمل على الاعتقاد بأنه تحمل به طوعا لا تنفيذا لشرط في البيع.

وإذا ما توخينا الدقة في التعبير، قلنا: إن ما يعرفه قانون الالتزامات والعقود ويجوزه هو البيع المقرون باسترداد اتفاقي أو البيع مع منح البائع إمكانية الرجوع فيه خلال مدة لا تزيد على ثلاث سنوات. ولا خلاف في أن البيع في هذه المدة ينقل الملكية إلى المشتري، وإن كانت هذه الملكية معرضة للزوال، متى تحقق الشرط الفاسخ بالإعلان عن ممارسة استرداد الحصة المبيعة. ويعتبر عقد الثنيا

<sup>455</sup> = راجع الدكتور محمد شليح م س ص 204-205

<sup>456</sup> = الفصل 585 من قانون الالتزامات والعقود "البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع أو بيع الثنيا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع لبائع في مقابل رد الثمن، ويسوغ أن يرد بيع الثنيا على الأشياء المنقولة أو العقارية".

صحيحاً ولو خالف نصوص قانون الالتزامات والعقود وظهير 2 يونيو 1915 إذا ثبت لقضاة الموضوع بما لهم من سلطة في تمحيص العقد وتأويله أنه لا يتناقض مع قواعد الفقه الإسلامي<sup>457</sup>.

**المطلب الثاني: البيع مع منح حق الرجوع فيه للبائع أو المشتري**

**أولاً: بيع الخيار**

هذا البيع قديم، معروف عند الرومان، لا يقتصر التعامل به على الدول المطبقة أو التي كانت تطبق الفقه الإسلامي في معاملاتها<sup>458</sup>. وقد تعرض له المشرع المغربي في الفصل 601 من قانون الالتزامات والعقود بالنص "يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو البائع في نقضه خلال مدة محددة ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحاً، ويجوز الاتفاق عليه، وإما عند العقد إما بعده في فصل إضافي".

ويجدر التنبيه بدء إلى أن منح خيار الرجوع في العقد أو نقضه لا يفترض، وإنما يجب الاتفاق عليه صراحة وقت انعقاد البيع أو بعده. وعندما يكون عقد البيع لا يتضمن أية إشارة إلى بيع الخيار فإنه لا يكون هناك مجال لأعمال المقتضيات المتعلقة ببيع الخيار.

وهذا البيع محل خلاف العلماء في كونه ينشئ أو لا للشريك الحق في الشفعة في فرضيتين:

<sup>457</sup> = قرار عدد 59 بتاريخ 26 - 1 - 1973 انظره مؤلف الدكتور محمد شليح م س

<sup>458</sup> = يقول الدكتور محمد شليح: "إذا ما صدقنا واضعي قانون الالتزامات والعقود فإن الأحكام المنظمة لبيع الخيار في المغرب لم تستق من القوانين الأوروبية الحديثة إلا فيما يتعلق بالفصلين 602 و 608 أو 703 و 709 من المحلة التونسية، حيث تم الاستئناس فيهما بالفصلين 495 و 496 من القانون المدني الألماني، أما الفصول الأخرى أي الفصول من 601 إلى 612 أو الفصول 700 إلى 711 من المحلة التونسية بعد إخراج الفصلين 602 و 608 أو ما يطابقها في المحلة التونسية فإنه لم يتم التأثير فيها إلا بالفقه الإسلامي المالكي والحنفي من جهة والقانون الروماني من جهة أخرى: ص 185.



## 1- إذا كان الخيار للبائع

إذا باع شخص نصيبه في عقار مشترك واشترط أن يبقى له الخيار في إمضاء البيع ونقضه، فقد اتفق العلماء المسلمون على أن شريك البائع لا شفعة له إلا إذا قرر البائع إمضاء البيع، لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري، والمشتري لم ينقل الملك إليه بعد<sup>459</sup>.

## 2- إذا كان الخيار للمشتري

إذا اشترى شخص نصيباً في عقار واشترط أن يكون له الخيار مدة يمضي بعده البيع أو ينقضه فقد اختلف الفقهاء في ما إذا كان يحق للشريك أن يشفع أو لا:

- يرى الشافعي في أحد قوليهِ<sup>460</sup> أن الشريك ينشأ له حق الشفعة في هذه الحالة، ويعلل ذلك بكون الملكية متنقلة ومستقرة للمشتري ولزم البيع للبائع.

- ويرى الشافعي، أيضاً، أن لا شفعة للشريك ما دام البائع لم يقرر إمضاء البيع وهذا رأي الحنابلة وهو المعتمد في المذهب المالكي.

ويبرر البعض هذا الرأي "بأن المشتري بالخيار مادام لم يقرر إمضاء العقد يكون مخيراً بين الإمضاء والرد، فإذا قلنا: إن للشريك الحق في الشفعة من يده في زمان الخيار، فإننا نكون قد ألزمناه بآثار ذلك العقد، وأوجبنا عليه أن يقبله، وأرغمناه على أن يتحمل بضمان المشفوع تجاه الشفيع في الوقت الذي يمكنه فيه أن يتحلل من هذا الضمان فيما إذا اختار رد البيع"<sup>461</sup>.

### ثانياً: الإقالة

الإقالة اتفاق البائع والمشتري على الرجوع عن العقد الذي أبرماه ورجوع كل واحد منهما إلى الحالة التي كان عليها حين البيع "برجوع كل من العوضين

<sup>459</sup> = ابن قدامة 5 ص 294

<sup>460</sup> = المغني 5 ص 294

<sup>461</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 170-171

لصحة<sup>462</sup>. "ولا يجوز أن تقع الإقالة ضمناً كما إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذ من مبيع أو من ثمن للآخر"<sup>455</sup> و"تخضع من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية"<sup>463</sup>.

الواقع أن إيراد المشرع الإقالة الاختيارية في الباب 8 من القسم السادس الخاص بانقضاء الالتزامات، وخاصة الالتزامات التعاقدية إن ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد التحلل منها في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون، يوحي بكونها فسخاً وانقضاء للعقد.

والأصل في التقايل وحقيقته أن المتعاقدين يعقدان عقد بيع نافذ وناقل للملكية ثم يعقدان عقداً آخر يلتزمان بمقتضاه بالتحلل اختيارياً ورضائياً من التزاماتهما التعاقدية إذا قام كل منهما بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر<sup>464</sup>، والعودة إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد<sup>465</sup>. ومعنى هذا أن الإقالة تفترض بمجرد إبرامها التزاماً متبادلاً بين الطرفين أحدهما برد الثمن والآخر برد المبيع، وتمثل حقيقتها في الوعد التبادلي بالبيع والشراء.

وإذا اشترى مشتر حصة مالك على الشياخ، ثم وقعت الإقالة بينهما، فقد اختلف العلماء في نشوء حق شريكه في الشفعة باختلافهم في تكييف الإقالة بيعاً أو نقضاً وفسخاً للبيع:

1- يرى الشافعية أن الإقالة ليست بيعاً جديداً يتجدد للشفيع بها حق الشفعة، ويقولون إن الشريك إذا باع شقصاً وعفى شريكه عن الشفعة ثم رجع الشقص لبائعه بالإقالة، فإن الشريك لا ينشأ له الحق في الشفعة لأن الشقص لم يملك

<sup>462</sup> = شرح التاودي على تحفة الحكام م س

<sup>455</sup> = الفصل 394 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>463</sup> = الفصل 395 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>464</sup> = الفصل 393 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>465</sup> = المذهب 4 ص 381

بعوض وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى مالكة بغير بدل<sup>466</sup>. ومعناه أن البائع والمشتري إذا تقايلا قبل طلب الشفعة زال الحق فيها لأن التقايل فسخ إرادي، متى حدث قبل المطالبة بالشفعة اعتبر البيع كأن لم يكن، ولا يترتب عليه إنشاء بيع جديد وإنما فسخ للبيع الأول وبالتالي فلا شفعة به.

2- يذهب المالكية إلى أن الإقالة بمثابة البيع<sup>467</sup>، ينشأ بها للشريك حق الشفعة، "ولو أقال البائع المشتري"<sup>468</sup>، لأنها تفويت، ولا أثر لها على طلب الشفعة<sup>469</sup>، و ينشأ حق الشفعة للشريك بمجرد البيع. و"إذا وقعت الإقالة بين

<sup>466</sup> = المهذب 4 م س

<sup>467</sup> = ما الذي عليه العمل اليوم في الإقالة التي تطوع بها المشتري ثم مات قبل أن تبطل منه، فهل يلزم ورثته بتسليمها للبائع أو لورثته متى طلبوها حسب ما قاله أبو ابراهيم الأعرج -وهو أبو إبراهيم الورياعلي الفاسي صاحب الطرر على التهذيب ت 683 هـ: شجرة النور الزكية ص 202 - أوهي فائنة ميتة بموت المشتري المقليل بناء على أنها هبة لم تقبض قبل موت الواهب، إذ هي تبرع من المشتري، وقد مات قبل حوزها منه، فيسلك بما مسالك التبرعات التي لا تلزم إذا لم تقبض من المتبرع بما قبل مرضه أو موته، حسيما اختار هذا الإمام ابن عرفة -ت 803- وأبو الحسن الصغير -ت 719 هـ- وبعدهما أفتى بما العلامة أبو سالم بن هلال؟ الجواب: فالذي عليه نص ابن هلال في المسألة، أن العمل على الطوع بالإقالة لأنها عطية من المقليل لم تقبل فتبطل بموته، والذي عند الونشريسي في المعيار 5 ص 266-267 أن الإقالة المتطوع بها عند انعقاد البيع تبطل بموت المتطوع بما قبل الأخذ بها سواء كانت مؤجلة أم لا وعلل ذلك بكونها هبة لم تقبض. راجع رسالة إلى علماء سوس حول المتطوع بالإقالة في إيلغ أوردتها الدكتور الحسن العبادي في مؤلفه النوازل الفقهية في سوس ص 197

<sup>468</sup> = مختصر خليل -المتن- ص 232 دار الفكر طبعة 1981

<sup>469</sup> = بناء على الحثيثيات الآتية: حيث إنه جاء في عقد البيع بين المدعى عليه البائع والمدعى عليه العارض بأن المدعى عليه العارض فوت جزء من نصيبه على الشيعاء بمقتضى عقد عوفي للسيد وزيدي علي، وأن هذه القطعة الأرضية معدة للبناء، وبما أن هذه الأرض توجد بمكان لا يتوفر على طرق ولا على خنادق، مما لا تكون معه صالحة للبناء، خلافا لما جاء في عقدة البيع، تم اتفاق الطرفين على فسخ عقدة البيع تفاديا لكل نزاع يطرأ بينهما، لما ذكر يصبح البيع منعدا من أساسه حسب عقد الفسخ -الإقالة- وهو ما جعل رب الملك يمارس تصرفه وحيازته كما كان قبل تحرير العقد العرفي للبيع، وحيث إن انعدام البيع لا يمكن أن ينبي عليه إلا انعدام الشفعة حسب المقرر فقها، وحيث إن وزيدي علي لم يكن بيده العقار المطلوب شفيعته، لأنه رجع إلى مالكة الأصلي، وبذلك أصبح النزاع لا يعني من طلبت منه الشفعة. لكن، حيث إن الحكم المطعون فيه، أحاب بأن الإقالة لا أثر لها على طلب الشفعة، لذلك كان

الأطراف رضاء، فإن حق الشفعة الناشيء له بسبب البيع لا يسقط، لأنه اكتسبه بوجه صحيح على الأشياء التي هي محل الإقالة<sup>470</sup>، فإذا لم يمارسه بالبيع الأول تجدد له بالبيع الثاني لأن الإقالة بيع وليست فسخا له<sup>471</sup>.

والإقالة قد تقع بنفس الثمن الذي وقع به البيع أو بأكثر أو بأقل منه:

- فإذا وقعت بنفس الثمن الذي وقع به البيع، فقد ذهب المالكية إلى أنها باطلة ومعدومة.

- أما إذا وقعت بأكثر أو بأقل من ثمن البيع فإنها في الحالتين بيع جديد ينشأ عنه حق الشفعة.

وخلاصته أن لا أثر للإقالة على نشوء حق الشفعة، فإذا كان البيع المنشيء لحق الشفعة قد وقعت الإقالة فيه بين البائع والمشتري<sup>472</sup>، فإن الشفعة كانت مستحقة بمجرد البيع، وإذا حصل من البائع والمشتري إقالة برضاهما، فلا يسقط حق الشفعة الناشيء له بسبب البيع الذي ترتبت عليه الإقالة، بل إنها تجدد للشفيع حق الشفعة لاعتبارها بيعا جديدا<sup>473</sup>. ويشترط فيها ما يشترط في البيع، ويمنع

ما بالسبب لا أثر له: قرار المجلس الأعلى عدد 263 بتاريخ 6-10-1981 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 16 ص 48

<sup>470</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 263 في 6-10-1981 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 9 ص 110. وهو مضمن الفصل 398 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>471</sup> = أحمد الخريصي م س ص 66 - الزرقاني علي خليل 6 ص 188

<sup>472</sup> = للإقالة أشكال مختلفة قد تتخذ إحدى صورتين:

1- تقع بصورة صريحة كأن ينظم البائع والمشتري اتفاقا لاحقا للبيع يصرحان فيه أنهما أقالا البيع وجرده من كل أثر.

2- قد تقع بصورة ضمنية عندما تستنتج من عمل أو موقف يفيد حتما إرادة المتعاقدين في إقالة العقد الذي كان أبرماه قبلا. وقد عرض المشرع للإقالة الضمنية في الفصل 394 من قانون الالتزامات والعقود حيث أقر سواغيتها فقال "يجوز أن تقع الإقالة ضمنا، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر".

<sup>473</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 263 في 6-10-1981 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 2 ص 110

فيها ما يمنع فيه، وتترتب عليه آثاره من شفعة وغيرها، ويجري عليها ما يجري على تعدد البيوعات على الحصة الواحدة. غير أن بعض الفقه يرى "أن الشفيع يكون له في حالة تعدد البيوعات الحق في أخذ الحصة بأي بيع شاء، ويشترط لهذا الاختيار أن لا يكون الشفيع يعلم بتعدد البيوعات أو علم بما وهو غائب، أما إذا علم بذلك وهو حاضر فيرى أن لا خيار له وإنما يأخذ فقط بالبيع الأخير"<sup>474</sup>.

ولا يخفى أن هذا الموقف لا ينبع لا من القواعد الفقهية التي تمنع الشفيع من الأخذ من البائع، ولا من القواعد القانونية التي لا يعتبر مشفوعاً منه فيها إلا من توجد الحصة المفوتة من الملك على الشياح قانونياً بيده.

<sup>474</sup> = الأستاذ سليمان الحمزاوي م س ص 29

## الفرع الثاني انتقال الحصة بغير النقود

خلافًا للقوانين الغربية، ومسايرة لقواعد المذهب المالكي، نص المشرع المغربي صراحة على نشوء حق الشفعة بالمعاوضة بمعناها البسيط، أي، بالمقايضة، ولم يُخص بالذكر أي شكل من أشكال المعاوضات، وهو ما يترك المجال واسعًا لنشوء الخلاف حول كثير من المسائل نحاول طرحها ومناقشتها.

## المبحث الثاني المعاوضة

المعاوضة عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئاً منقولاً أو عقاراً أو حقاً معنوياً في مقابل أو بدل شيء غير النقود أو حقاً آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر.

### المطلب الأول: تأصيلها

وقع خلاف كبير وحاد بين علماء المسلمين حول نشوء حق الشفعة بالمعاوضة كالبيع في رأيين:

- الرأي الأول: يرى فريق من العلماء أن الشريك في ملك على الشيعاء لا ينشأ له حق شفعة الحصاة المتنقلة من ذلك الشيعاء إلا إذا كانت تلك الحصاة قد انتقلت بالبيع . ويتزعم هذا الرأي الشعبي وأبو ثور، وأصحاب الرأي منهم أبو حنيفة، وهو ظاهر مذهب الحنابلة<sup>475</sup> . ويؤسس هذا الاتجاه وجهة نظره على أساسين:

\* إن ما انتقل بالمعاوضات يشبه ما انتقل عن طريق الهبة والإرث، يصعب غالباً معرفة ما يؤديه الشفيع في مقابل الحصول عليه، كأن يدفع الشريك حصاة صداقاً، حيث لا ينظر إلى قيمة ما دفع بل لاعتبارات أخرى.

\* صراحة خير جابر "قضى رسول الله بالشفعة... لا... أن يبيع" في أن البيع وحده سبب للشفعة.

- الرأي الثاني: يرى فريق آخر أن الشفعة تثبت في كل ما انتقل بعوض وهذا

هو قول ابن شرملة، والحارث العكي، وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأصحاب الرأي<sup>476</sup>.

ويحتاج هذا الاتجاه بأن كل ما ينتقل عن طريق المعاوضة يعتبر مملوكا بعقد معاوضة مثل ما انتقل بالبيع. وهذا الرأي الأخير، الذي تبناه المشرع المغربي هو الصواب لسببين إثنين:

\* إن القول بتعذر معرفة البديل الذي يدفعه الشريك الشفيع للمشفوع منه غير صحيح وغير منطقي لأن الشفيع يمكنه أن يدفع في مقابل شفعة حصة شريكه قيمة الشيء المشفوع أو قيمة الشيء المدفوع في مقابل تلك الحصة أو قيمة ما دفعت تلك الحصة من أجله.

\* إن إثبات الشفعة في كل ما انتقل بعوض هو الذي يحقق ما شرعت الشفعة من أجله لأنه لو قصرنا الشفعة فيما انتقل بالبيع فقط لتعذر على الشركاء التخلص من ضرر الشركة، ومن دخول شريك جديد عليهم.

### المطلب الثاني: بعض صور المعاوضة

#### أولاً: المناقلة

المناقلة تبديل عقار بعقار<sup>477</sup>، أي مقايضة عقار بآخر<sup>478</sup>.

ويمكن تصور هذا النوع من المعاوضات في صورتين إثنين:

أ- أن يكون المعاوض له شريكا في العقار المعاوض به:

ومثاله أن يكون ثلاثة أشخاص أ-ب-ج مشتركين مثلثة في قطعتين أرضيتين

1 و 2 منفصلتين فيناقل الشخص أ الشخص ب في حصته في القطعة 1 مقابل

<sup>476</sup> = المغني م س -فتح العزيز 11 ص 426

<sup>477</sup> = الزرقاني م س 6 ص 172

<sup>478</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م س



حصته في القطعة 2 بحيث يصبح المالك أ لا حق له في القطعة 1 ويصير المالك ب غير شريك في القطعة 2.

ب- أن يكون المعاوض له غير شريك في العقار المعاوض به:

ومثاله أن يهلك هالك ويترك زوجة وابنه وأمه وثلاثة إخوة، وخلف أرضاً، فلم يقسمها الورثة حتى ناقل أحد الإخوة بقطعة منها رجلاً أجنبياً<sup>479</sup>.

وقد روي عن الإمام مالك في هذا الموضوع ثلاث روايات:

- إن الشفعة تنشأ للشركاء في الصورتين معا.

- إن الشفعة لا تنشأ للشركاء في الصورتين معا.

- إن الشفعة تنشأ فيما إذا كانت المناقلة بين الأجانب.

والمعتمد في المذهب أن الشفعة تنشأ بالمناقلة سواء تمت بين الشركاء أو كانت لأحد الأجانب عنهم. والقيمة في كل ما ذكر يقدرها أهل الخبرة العارفون بقيمة الأشياء تبعاً لسعر السوق.

### ثانياً: المغارسة

المغارسة اتفاق مالك الأرض مع شخص آخر على أن يتولى هذا الأخير غرس الأرض بشجر معين، وأن يتعهد ذلك الغرس، ويتفقان على أن تكون أجرته على ذلك هي جزء من تلك الأرض المغروسة كنصف أو ثلث أو ربع الأرض والأشجار بعد أن يبلغ الغرس حد الإطعام<sup>480</sup>. والشفعة في المغارسة واجبة لعله العوضية. وتتصور فيها في الأحوال الآتية:

أ - إذا أتم الغارس عمله ووصل الغرس حد الإطعام فإن الشركاء ينشأ لهم حق شفعة حصة الغارس بقيمة الغرس لكونه العوض عن الحصة التي أخذها الغارس.

<sup>479</sup> = الونشريسي م س ص 96

<sup>480</sup> = الرهوني 6 ص 299 - التسولي 2 ص 127 - المهدي الوزابي 3 ص 439

ب- إذا باع مالك الأرض أرضه فإن الغارس ينشأ له حق الشفعة، سواء بلغ الغرس حد الإطعام أو لم يبلغه لأنه يعتبر شريكا على الشياح.

د - إذا باع الغارس نصيبه في الأرض، وهنا يفرق المالكية بين فرضيتين<sup>482</sup>:

\* إذا باع حصته بعد تمام عمله فإن لمالك الأرض الحق في أن يشفع تلك الحصة.

\* إذا باع حصته قبل تمام عمله فإن هذا البيع فاسد لا ينشأ عنه حق الشفعة لأن المغارسة كما هو معلوم من باب الجعالة. قال ابن عاصم:  
وليس للعامل مما عملا شئ إلى ما جعله أجلا

### ثالثا: الصلح:

الصلح معاوضة تنشئ حق الشفعة عند المالكية وفقا للمبدأ الأصل، غير أن العمل كان يجري عندهم على التمييز بين ما إذا كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار الشريك الذي صالح بنصيبه. فإذا ادعى شخص على آخر بأنه يملك نصيبا في العقار الموجود بيد المدعى عليه فيصالحه على ذلك مقابل نقود يدفعها له، أو مقابل شقص يدفعه له من عقار آخر، فإذا كان لهذا المدعى عليه شريك في العقار موضوع الشفعة أو كان هناك شريك في العقار الذي دفع للمدعى نصيب منه، وطالب بالشفعة فإن الأمر لا يخلو من:

\* أن يكون الصلح قد وقع عن إقرار، بمعنى إقرار المدعى عليه بما يدعيه المدعي، ثم يصالحه، حينئذ يثبت الحق للشريك في الشفعة سواء كان شريكا في العقار المتنازع حوله أو في العقار الذي وقع الصلح بجزء منه.

\* أن يكون الصلح قد وقع عن إنكار، أي، أن ينكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي، ولكنه مع ذلك يصالحه رغبة منه في إنهاء الدعوى، ففي هذه الحالة لا

شفعة للشريك في العقار موضوع النزاع، أما الشريك في العقار الذي وقع الصلح بجزء منه فله الشفعة.

وإنما جعلت الشفعة في الصلح عن إقرار لأنه بمثابة البيع أو المعاوضة بخلاف الصلح عن إنكار فلا شفعة فيه لأنه ليس بمثابهما، "لأن من ادعى عليه بنصيب في عقار فأنكر الدعوى ثم دفع مالا أو نصيبا في عقار آخر يقول أنا لم أشتري هذا النصيب الذي صالحت عليه، لأنه ملكي، ولكنني تخلصت من النزاع، ولذلك لم يقع بيع ولا معاوضة، فلا حق في الشفعة للشريك في ذلك العقار موضوع الشفعة"<sup>482</sup>؛ والعلة في ذلك هي أن عقد الصلح كاشف عن الملكية لا ناقل لها لأنه، من جهة، ليس بتصرف ناقل للملكية ولأنه، من جهة أخرى، يستلزم واجبات شخصية بين طرفيه لا يمكن للشفيع القيام بها، أما النصيب في العقار الذي دفع في مقابل الصلح، ففيه الشفعة، لأن من أخذه يدعي أنه توصل به عوضا عما يدعيه، فهو بمثابة ما انتقل بعوض.

#### رابعاً: الوفاء بمقابل

إذا أعطى المدين لدائنه حصة من عقار أو منقول مشترك مقابل الدين الذي في ذمته، نشأ للشركاء في ذلك العقار أو المنقول حق الشفعة، خلافاً للقول بأن الوفاء بمقابل ولو أنه يشبه البيع إلا أن مصلحة المدين الموفي أن تبرأ ذمته مقابل نقل ملكية الشيء للدائن، ومن ثم فإن الوفاء بمقابل لا ينطوي على بيع، ولا تجوز لهذا السبب فيه الشفعة<sup>483</sup>.

والحقيقة أن هذا التصرف ينقل ملكية الحصة المباعة من الملك المشترك بمقابل مثله مثل باقي المعاوضات، ولا معنى للقول بعدم نشوء حق الشفعة به.

#### خامساً: تقديم الحصة مهراً في عقد الزواج وما يشبهه

تنوعت أحكام الفقهاء حول هذه المسألة:

<sup>482</sup> = الدكتور شرف الدين م س ص 453

<sup>483</sup> = الدكتور عبد المنعم البدر اوي م س ص 462

- يرى الحنفية وأحمد بن حنبل أن العقار إذا خرج من ملك صاحبه بعوض غير مالي كأن قدمه مهرا في عقد الزواج، أو قدمته المرأة بدل الخلع، أو قدم المال العقار أجرة على عمل قام به أجير، لم تثبت الشفعة فيه، لأن الملك المشفوع فيه يكون بما قام عليه من الثمن والتكاليف، والعوض في كل هذه الحالات غير مالي، فلا يتصور تقديم مثله أو قيمته، قال صاحب الهداية: "وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت الشفعة، لأن مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة. ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها، لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع".

- ويرى الإمام مالك ثبوت الشفعة فيها وإلزام الشفيع بدفع قيمة العقار، ولا يلزم بدفع مثل العوض أو قيمته.

- ويرى الشافعي ثبوت الشفعة وإلزام الشفيع بدفع قيمة العوض، فالشفيع يأخذ العقار بمهر المثل إذا كان العقار قد قدم مهرا للزوجة، ويأخذه بمهر المثل أيضا إذا كان العقار قد قدمته الزوجة بدل الخلع، ويأخذه بالأجرة التي جرى بها العرف إذا كان العقار قد قدم أجرة في عقد إجارة، قال الرملي: "يؤخذ الشقص الممهور بمهر مثلها يوم النكاح، وكذا شقص هو عوض خلع، فيؤخذ بمهر مثلها يوم الخلع سواء أنقص عن قيمة الشقص أم لا، لأن البضع متقوم، وقيمه مهر المثل، ولو أمهرنا شقصا مجهولا وجب لها مهر المثل، ولا شفعة لبقاء الشقص على ملك الزوج"<sup>484</sup>.

ويظهر أن قول مالك أعدل، فقد يتسامح في المهور زيادة ونقصا، فتعطي الزوجة نصف دار قيمته أضعاف مهر مثلها أو على النصف من مهر مثلها، فإذا

أخذته الشفيع بمهر المثل دفع فيه أقل من قيمته في الصورة الأولى وضعف قيمته في الصورة الثانية، وليس في ذلك معادلة.

### سادسا: هبة الثواب

الهبة في اللغة<sup>485</sup> مصدر وهب الشيء أو الحق، بمعنى أعطاه بلا عوض، والهبة هي العطية بدون عوض. وهبة الثواب هي أن يهب شخص لآخر حصة من الملك على الشيعاء على أن يرد له في مقابله شيئا آخر، ولذلك سميت هبة الثواب<sup>486</sup> لأن صاحبها الواهب لا يتبرع وإنما يعطي ليأخذ. ويرى المالكية أن الشفعة تثبت

<sup>485</sup> = هبة في اللغة مصدر وهب الشيء أو الحق بمعنى أعطاه بلا عوض، والهبة العطية بدون عوض؛ وهب لك الشيء يهنه وهبا - يسكون الهاء وفتحها - وهبة إذا أعطاك إياه. والإسم الموهب والموهبة، ورجل واهب ووهاب ووهوب ووهابة أي كثير الهبة. والموهوب: الولد. وتواهب الناس بمعنى وهب بعضهم لبعض، والاستيهاب سؤال الهبة. واتهب، قبل الهبة. والاتهاب قبوله الهبة، وأوهب لك الشيء أمكنك أن تأخذه وتناله. والموهبة - بكسر الهاء - غدير ماء صغير. والموهبة - بفتح الهاء والباء - السحابة تقع حيث وقعت، وهبي فعلت لك كذا، أي، احسبي واعددي. ووهبي الله فداك أي جعلني فداك. وهي في الاصطلاح في حدود ابن عرفة تدور بين معنى عام وآخر خاص. ففي المعنى العام هي أحد أنواع العطية وفي المعنى الخاص هي تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض. والعطية بهذا المعنى العام تشمل كل أنواع التبرعات من هبة وصدقة وحبس وعارية. وهي في علم الحقيقة - يقول الدكتور عبد الرحمن بلعكيد - من عند الله تعالى، لا من أحد سواه. يقول الرازي: تكون من الذي يملك، والمالك هو الله سبحانه. فالملك والخلق له، خلق الإنسان وخلق معه عمله. فالكل مخلوق. والله خلقكم وما تعبديون: سورة الصافات الآية 96. وهي دوما بلا عوض لأنه متره عن أخذ العوض. وفي علم الشريعة تجوز الهبة من البشر مجازا، جريا على الحكمة، لكن مع مراعاة وجه الاستخلاف: راجعه في لوامع البيئات شرح أسماء الله تعالى والصفات ص 232 و 233 الطبعة 1 سنة 1984 بيروت

<sup>486</sup> = روى عن الإمام مالك: "من وهب أرضا مشتركة أو شقصا فأثابه الموهوب له بما نقدا أو عوضا فإن الشركاء يأخذونها بالشفعة إن شاءوا ويدفعون إلى الموهوب له قيمة مثونه دنانير أو دراهم". وقال أيضا "من وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها يطلبها، فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس له ذلك ما لم يثب عليها، فإن أثيب فهو للشفيع بقيمة الثواب: راجعه بالمدونة الكبرى م س ص 228 والموطأ م 504 - أنظر كتاب شرح حدود أبي عبد الله بن عرفة المتوفى 803 هـ لأبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص التونسي - ت 894 هـ.

للمشريك إذا دفع الموهوب له اللواهب الثواب وأخذه أو أخذ قيمة الشيء الموهوب، ويبقى حقه في شفيعته محفوظا ولو طال الأمد.

## المبحث الثاني التبرعات

عقود التبرعات متعددة من هبة وصدقة وحبس وعمرى ... والهبة والصدقة يترتب عنهما تملك الرقبة والمنفعة أي الانتقال التام للملكية، أما في الحبس والعمرى فلا تملك إلا للمنفعة فقط تملك تأييد في الحبس وتوقيت في العمرى واستبقاء الرقبة بين يدي الحبس أو المعمر أو ورثتهما<sup>487</sup> وقد أثير جدول فقهي عنيف حول نشوء أو عدم نشوء حق الشفعة للشريك الذي تبرع شريكه بحصته فجاءت النظريات أغلبها مفعمة بالنظرات الشخصية البحتة ومنتكرة للعديد من الحقائق اليقينية فأضحى الاجتهاد متخالفا نظريا وعمليا:

### المطلب الأول: الأحكام الفقهية

في التراث "الشفعوي" حكمان متعارضان في نشوء حق الشفعة بالتبرعات يتزعمها رأيان:

#### أولا: لا شفعة بالتبرعات

يرى أبو حنيفة والشافعي والحنابلة ومالك في رواية أن تبرع أحد المالكين على الشياخ بحصته لا ينشأ عنه حق الشفعة لباقي الشركاء. ويبين هذا الاجتهاد حكمه على تصريح بعض الأخبار الواردة في الشفعة بثبوت الشفعة في البيع فقط، وعلى حمل ما لم يذكر البيع من الأخبار الأخرى

<sup>487</sup> = هبة في المذهب والقانون م ص ص 9

على التي ذكرته وفقا لقاعدة حمل المطلق على المقيد<sup>488</sup>، ونتيجة لذلك لا يرون الشفعة في التبرعات الآتية:

### 1 - الهبة

الهبة<sup>489</sup> عقد ناقل للملكية، والملكية فيه تنصب على ذات شيء من الأشياء أو حق من الحقوق التي يصح الانتفاع بها شرعا، حيث يتنازل الواهب عن الملكية التامة للشيء أو الحق الموهوب، ويصير الموهوب له هو المالك الشرعي له، يمارس عليه حقوق الملكية من تصرف واستعمال واستغلال.

وبالرغم من أن الهبة تنقل الملكية فإن الفقهاء المسلمين يجمع على عدم نشوء الشفعة بها اعتبارا أنها تتم بدون عوض، والأخبار الواردة عن النبي ﷺ تصرح بأن الشفعة لا تنشأ إلا بالبيع فقط، ولا توجهها بالهبة، ولو أنه تصرف ناقل للملكية.

### 2 - العمرى

إذا كان لشخص نصيب شائع في عقار، فوهب لشخص آخر الحق في الانتفاع بذلك النصيب مدة عمر الموهوب له<sup>490</sup> فإن شريكه لا شفعة له حين

<sup>488</sup> = الدردير م س ص 477. راجع: الأم للشافعي، باب في العمرى، مسأل: الجزء السابع.

<sup>489</sup> = الهبة والصدقة شيء واحد، والفرق بينهما أن الهبة تكون لوجه الموهوب له والصدقة تكون لوجه الله تعالى وثواب الآخرة. ويترتب على هذا الفارق أن لا رجوع في الصدقة، ونفس الحكم يجري على مختلف العطايا إن كانت بهذا القصد، وأما الهبة فإن الرجوع فيها - اعتصارها - يجوز للأب والأم بشروط. يقول الشيخ التسولي ويدخل فيها - أي التبرعات - الهبة والصدقة والحبس والنحلة والعرية وهي هبة الثمرة، والمنحة وهي هبة لبن الشاة، والهدية وهي معروفة، والإسكان وهو هبة منافع الدار مدة من الزمن كسنة، والعمرى وهي تملك المنفعة مدة العمر، والعارية وهي تملك منافع الدابة ونحوها بغير عوض فإن كان بعوض فهو إجارة، والإرفاق وهو إعطاء منافع العقار. انظر أنواع العطية في البهجة في شرح التحفة 2 ص 226.

<sup>490</sup> = إذا باع المعمر -فتحاً- نصيبه أثناء مدة الانتفاع فلشريكه أن يشفع ذلك النصيب، لأنه شريك في الرقبة، وإذا كان لا يملك الآن حق الانتفاع بنصيبه، فإن هذا الحق بعد موت المعمر -بالفتح- راجع له:



تمليك شريكه منفعة العقار للمعمر لأن هذا التصرف يدخل طبقا للأصل ضمن التبرعات التي لا تنشئ الشفعة عند جمهور الفقهاء المسلمين.

### 3- النحلة

هي ما يعطيه والد الزوج لولده أو يعطيه والد الزوجة ابنته في عقد النكاح. ويرى المالكية أن النحلة بمتلة الهبة والصدقة لا شفعة فيها<sup>491</sup>، بالرغم من إقرارهم بأنها تشبه المعاوضة في كثير من الأحكام.

### 4- الوقف

يرى الفقهاء المالكية أن وقف الشريك حصته لا يترتب عليه نشوء الحق في الشفعة لشريكه فبالتالي لا يمكنه أن يشفع تلك الحصه من يد المنتفع.<sup>492</sup>

### 5- الوصية

لا يترتب عن وصية مالك على الشيعاء بنصيبه في عقار لشخص آخر نشوء حق الشفعة لشريكه من الموصى له عند المالكية لأن النصيب انتقل بغير عوض، يقول ابن المواز. وقال به ابن الهندي. وقال سحنون: لا شفعة للورثة لأن بيع الوصي كبيع الميت في حال حياته<sup>493</sup>.

أما إذا أوصى الشخص ببيع جزء من عقاره بعد موته يحمله الثلث لأجل أن يفرق ثمنه على المساكين ففعل، فإن الورثة يقضى لهم بأخذ ذلك المبيع بالشفعة ممن اشتراه على الأصح عند الباجي والمختار عند اللخمي. قال الباجي لأن

<sup>491</sup> = الدردير م س 3 ص 477

<sup>492</sup> = الدردير م س

<sup>493</sup> = روى عن الإمام مالك أنه قال: من وهب أرضا مشتركة أو شقصا فأنابه الموهوب له بما نقدا أو عوضا فإن الشركاء يأخذونها بالشفعة إن شاءوا ويدفعون إلى الموهوب له قيمة مثوبه دنانير أو دراهم. قال أيضا: من وهب هبة في دار أو أرض مشتركة فلم يثب منها يطلبها، فأراد شريكه أن يأخذها بقيمتها فليس له ذلك ما لم يثب عليها، فإن أئيب فهو للشفيع بقيمة الثواب. راجع: المدونة الكبرى 228 والموطأ م س 504.

الموصى لهم بضمنه، وإن كانوا غير معنيين فهم شركاء للورثة بائعون بعد ملكهم بقية الدار<sup>494</sup>.

### ثانياً: ثبوت الشفعة في التبرعات

يرى ابن أبي ليلى ومالك في رواية أن الشفعة تثبت في كل التبرعات. ويحتج هذا الاتجاه بكون الشفعة مشروعة لإزالة ضرر الشركة، وهذا الضرر موجود في كل شركة ولو نتجت عن تبرع، غير أن المشهور في المذهب المالكي أن لا شفعة فيما انتقل بتبرع<sup>495</sup>. قال ابن عاصم:

وشفعة في الشقص يعطي عن عوض والمنع في التبرعات مفترض؛

لكن المالكية يسيرون على أن التبرعات ينشأ بها حق شفعة الحصاة المفوتة من الملك على الشياخ كلما ثبت أن الناس يكثرون من اللجوء إلى التحايل لحرمان الشفيع من شفيعته<sup>496</sup>.

ومفاد ما سبق في هذا المطلب كله أن لا شفعة بالتبرعات إلا إذا ثبت أن عقد التبرع يخفي معاوضة، أو قامت قرينة على ذلك، أو نكل المتبرع عليه عن اليمين عندما يتهمه الشريك بأنه أخفى المعاوضة وأظهر التبرع ليحرمه من حقه في الشفعة. ومقتضاه أن لا شفعة في التبرعات التي لا تخفي معاوضة. ومفهومه حيرة الفقه بين الالتزام بالمبادئ النظرية الجامدة المؤسسة عليها المذاهب الفقهية وبين ضرورة الاجتهاد والتكيف مع الأحداث والوقائع الديناميكية المتطورة المتجددة.

### المطلب الثاني: تكيف الشفعة بالتبرعات

يبني جمهور العلماء المسلمين حكم عدم نشوء حق الشفعة بالتبرعات على

حجتين:

<sup>494</sup> = المهدي الوزاني 3 ص 440 - الدردير م س 3 ص 474

<sup>495</sup> = المهدي الوزاني 3 ص 440 - الدردير م س 3 ص 474

<sup>496</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 180-189

1- نقلية: صراحة خبر جابر "قضى رسول الله صلعم بالشفعة ... لا يجز له أن يبيع".

2- عقلية: تعذر معرفة المشفوع به في الغالب.

ويذهبون إلى أن حق الشريك في الشفعة لا ينشأ إلا البيع وحده لا بغيره، وأن ما انتقل بالمعاوضات يشبه ما انتقل عن طريق الهبة والإرث في مقابل الحصول عليه، كما إذا دفع الشريك حصته صداقاً لزوجته حيث لم ينظر إلى قيمة ما دفعه عند النكاح وإنما إلى اعتبارات أخرى.

والحقيقة أن الحجتين أو الدليلين لا يستقيمان لا عقلاً ولا نقلاً، فخير جابر المعتمد عليه في استنباط هذا الحكم يحمل من العيوب ما يجعل الاحتجاج به واهياً. أما تعذر معرفة البدل المدفوع مقابل الحصة أو قيمة ما دفعت من أجله، فمسألة إثبات، وتقنية مسطرية، حتى وإن كانت معقولة، ليست جوهرية في نشوء حق الشفعة.

ولعل الباحث لا يعرض فيما يعرض له عند تمحيص الإشكاليات التي يطرحها تشريع الشفعة لمهمة أيسر من تعداد ما يشوب المذاهب الفقهية والمدارس القانونية بصدد التصرفات الموجبة للشفعة من عيوب، وما دار حولها من نقاش حاد، واختلاف جوهرى.

والواقع أن فقه الشفعة حائر بين القول بنشوء حق الشفعة بكل أنواع التصرفات وبين القول بنشؤته ببعضها دون البعض، فاختلقت آراؤه وتعددت أحكامه. فالأصل أن "الشريك شفيح والشفعة في كل شيء"، والعبرة في تعليل حكم الشفعة بالشركة لا بالتصرف المنشئ للحق فيها، فمتى انتقلت حصة أحد المالكين على الشياخ من ملكية أحدهم، نشأ للآخرين حق تشفيح حصته، سواء انتقلت بمعاوضة أو بتبرع.

ويبدو أن الرأي الذي يقول بثبوت الشفعة في التبرعات هو القول الأقرب إلى المنطق والأرجح من حيث الدليل، لأنه يحقق المصلحة التي شرعت الشفعة من

أجلها، وهي دفع الضرر وجلب المنفعة والعمل على تقليل الشياخ، وهو قول مالك في إحدى روايته، وقول ابن أبي ليلى، وجدير أن يأخذ به القضاء.

## الباب الثاني

### تثبيت حق الشفعة

أعطى المشرع الشريك الذي نشأ له حق شفعة الحصبة التي عاوض بها شريكه إمكانية تثبيت<sup>497</sup> حقه الذي لما يستقر وما يزال معرضا للسقوط بأدائه للمشفوع منه المشفوع به نوعا ووصفا، ويقوم بما اصطلح عليه قضائيا بعرضه عليه عرضا حقيقيا ونقل الحصبة المشفوعة من ملكه وإخراجها منه جبرا وإدخالها في ملكه بقوة القانون. ومعنى هذا أن الشريك إذا باشر حقه في ضم تلك الحصبة في الأجل المسموح له فيه ذلك فإن الشريك الجديد مطالب قانونيا بتسليمها له رضاء أو قهرا، مقابل مشفوع به عادل.

ومما لا شك فيه، أن الشريك يصبح، في ضوء التشريع المغربي، شفيعا من لحظة انتقال حصبة أحد شركائه إلى مالك جديد بمعاوضة، أي مستحقا لتلك الحصبة شرعا بدلها، لكن حقه في ضمها لا يتم إلا بإرادته واختياره، والعبارة في شفعتها وانتقال ملكيتها إليه وترتيب التزاماته على ذلك، إنما هي بتاريخ إظهاره بالتعبير عنه بالوسائل القانونية.

ولأجرأة هذا الباب، لا بد من تقسيمه إلى فصلين، نفضل الأول في المطالبة بالشفعة، والثاني في آثارها.

<sup>497</sup> = ثبت - بفتح الباء وضمه - ثباتا وثبوتا في المكان: دام واستقر . - على الأمر: داومه فهو ثابت وثبتت وثبت - بضم التاء والباء - الأمر عنده: تحقق وتأكد. ثبته وأثبتته: جعله ثابتا. - الحق: أكده بالبيانات. - الولد عند النصارى: أعطاه سر التثبيت. الإثبات: الإيجاب، ضد السلب أو النفي. الأثبات: ثقاة.

## الفصل الأول المطالبة بالشفعة

المطالبة بالشفعة، وطلبها، وممارستها، والأخذ بها، والتملك جبراً، والاستشفاع، وإعلان الرغبة في الشفعة، والتعبير عن الإرادة فيها، وشفعت، وأشفع، ورفع دعوى الشفعة، ألفاظ، رغم صراحتها ووضوحها، لا تعبر سوى عن العزم القاطع، والإرادة الجازمة، والنية الخالصة، ليس فقط عن أخذ الشفيع بشفעתه - نظرياً - ولكن عن عدم تركه، عملياً وواقعياً - الحصّة المتنقلة من الملك على الشيع في يد شريكه الجديد إما زيادة في المال، وإما وقاية من عشرة، وإن اختلفت طرق ووسائل وإجراءات تفعيلها، ولا يفهم منها إلا تمكين المشفوع منه مما تملك به تلك الحصّة - فالشفعة دائرة في دائرة الالتزامات التقابلية - ودفعه له دفعا فعليا أو أدائه له أداء قانونياً، وانتزاع الحصّة منه وضمها إلى ملكه.

غير أن المشرع وإن ترك للشفيع الاختيار بين مباشرة حقه أو تركه، فإنما خيرته في ذلك في أجل محدد، يتلاشى بعده حقه، ويسقط سقوطاً مبرماً.

وبالرغم من أن حق الشفيع في شفעתه ثابت قانونياً، فإن الوقت الذي يصبح فيه الشريك الذي له الحق في الشفعة مالكا للحصّة المشفوعة، ويعتبر أنه اكتسب ملكيتها ابتداءً منه، قد أثار نقاشاً حاداً بين علماء الفقه الإسلامي كما بين علماء القانون.

## الفرع الأول أجل ممارسة حق الشفعة

مصدر تأقيت ممارسة حق الشفعة نص ضعيف. والأصل في حقيقة أجلها إنما هو استخراج فقهي للخروج من مأزق تعارض مصالح الشفيع والمشفوع منه. ولذلك اختلف طبيعته ومدده من مذهب إلى آخر، ومن قانون إلى قانون، فضلا عن أنه، بسبب تشوشه وعدم انضباطه، يفتح ذريعة إلى التعسف والاستغلال.

## المبحث الأول

### طبيعة أجل حق الشفعة

عرض المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود وظهير 2 يونيو 1915  
للاجال المسموح للشفيع خلالها بالمطالبة بحقه في:

- الفصل 974 قانون الالتزامات والعقود: "إذا باع أحد المالكين على الشيع لأجنبي حصته الشائعة جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصّة لأنفسهم في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع. ويسري هذا الحكم في حالة المعاوضة. ولكل من المالكين على الشيع أن يشفع بنسبة حصته، فإذا امتنع غيره من الأخذ بها لزمه أن يشفع الكل، ويلزمه أن يدفع ما عليه معجلا وعلى الأكثر خلال ثلاثة أيام، فإن انقضى هذا الأجل لم يكن لممارسة حق الشفعة أي أثر."

- الفصل 976 قانون الالتزامات والعقود: "يسقط حق المالك على الشيع في الأخذ بالشفعة بعد مضي سنة من تاريخ البيع الحاصل معه، ما لم يثبت أن عائقا مشروعا قد منعه منها كالإكراه، ويسري هذا الأجل حتى على القاصرين متى كان لهم نائب قانوني."

- الفصل 31 من ظهير 15 "إن المشتري يمكنه بعد تقييد شرائه أن يبلغه لكل من له حق الشفعة. ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه داخل ثلاثة أيام من تاريخ هذا التبليغ تضاف إليه آجال المسافة."

- الفصل 32 ظ 15 "وفي حالة ما إذا لم يتم المشتري بهذا التبليغ، فإن حق الشفعة يتقدم بعد شهرين ابتداء من تاريخ العقد إن حرر بمحضر الشركاء، وفي



جميع الأحوال، بمضي سنة واحدة ابتداء من تاريخ تقييد المبيع إن لم يحضر الشركاء<sup>498</sup>.

والمشرع، وإن بين بوضوح المدد المسموح خلال بمباشرة الشفيع حقه في الشفعة وحاول توضيح طبيعة أجل ممارسه هذا الحق، لم يصفح عن نيته كثيرا، لكنه وإن خانته التعبير في الفصل 976 من قانون الالتزامات والعقود فاستعمل لفظ يسقط عوض يتقادم، ما جعل أجل السنة لممارسة الشفعة الوارد فيه أجل سقوط، رتب عليه نتائج التقادم؛ ولا يخفى أنه راعى المصلحة التي تتمثل من جهة في رفع الضرر عن الشريك من دخول الشريك الجديد، ومن جهة أخرى، في العمل على إنهاء الملكية الشائعة تجنبا لمشاكلها وتلافيا لأضرارها، ولذلك يتصور أن يجعل أجل الشهرين وأجل السنة الذي يحق للشريك خلاله أن يمارس حقه في الشفعة أجل تقادم لا أجل إسقاط حتى تبقى الفرصة أمامه سائحة لممارسة هذا الحق والاستفادة منه ما دام لم يتقادم، ولا يعقل أن يجعله أجل سقوط في الفصل 976 من قانون الالتزامات والعقود، ثم أجل تقادم<sup>499</sup> في الفصل 32 من ظهير 1915.

<sup>498</sup> = الفصلان 31 و32 فصل واحد، يجمع حكم حالتين منصوص عليهما متفرقتين، يزول الغموض الذي يلف حول حكميهما لو رد إلى أصله كالتالي:

- إذا قام المشتري بعد تقييد شرائه بتبليغه لمن له الحق في الشفعة فإن حقه في الشفعة يسقط إن لم يمارس داخل ثلاثة أيام من تاريخ هذا التبليغ.

- وإذا لم يقم بذلك فإن الحق يتقادم:

\* بمضي شهرين من تاريخ العقد إن حرر بمحضر الشركاء.

\* بمضي سنة واحدة ابتداء من تاريخ التقييد إن لم يحضره الشركاء.

<sup>499</sup> = وحيث يعيب الطاعنون على المحكمة في وسيلتهم الوحيدة حرق الفصل 32 من ظهير 2-6-1915 المطبق على العقارات المحفظة، لكون هذا الفصل استعمل كلمة "التقادم" "السقوط" عندما تعلق الأمر بأجل الثلاثة أيام لممارسة حق الشفعة، وأن هناك فرقا بين مفهوم الكلمتين: ذلك أنه إذا كان أجل السقوط يمكن تمديده بنص خاص، كما هو الحال بالنسبة للفصل 139 من قانون المسطرة المدنية، فإن التقادم ينقطع بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية، طبقا للفصل 381 من قانون الالتزامات والعقود،

المطلب الأول: تأقيت حق الشفعة وأساسه

أولاً: أصل تأقيت حق في الشفعة

أصل ومصدر تأقيت ممارسة حق الشفعة مجرد اجتهاد فقهي يمكن رده على اختلافه إلى اتجاهين:

أ- الاتجاه القائل بضرورة طلب الشفعة

يقول بهذا الحكم ابن شبرمة والبيّ والأوزاعي في أحد قوليّه وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل استناداً إلى الخبر المنسوب إلى رسول الله ﷺ "الشفعة لمن واثبها"، فإن لم يطلب الشفيع بحقه في الشفعة بعد علمه، توا ومباشرة، بالتصرف الناقل لحصة شريكه بلفظ مفيد، بحيث إذا سكت ولو لحظة لغيره سبب، فإن حقه يسقط<sup>500</sup>.

ب- الاتجاه القائل بالتوسعة في طلب الشفعة:

تنضوي تحت هذا الاتجاه عدة آراء:

- أن ينتظر إلى أن يحل الأجل فيتقدم بطلب الشفعة<sup>501</sup>.

وأن المحكمة لما لم تلتفت إلى كونهم تقدموا بتاريخ 27-7-79 بطلب لرئيس المحكمة الابتدائية قبل انصرام أجل السنة لاستصدار أمر بالعروض العينية وأهم قد قطعوا التقادم بالمطالبة القضائية، عندما طلبوا إصدار الأمر المذكور، ورئيس المحكمة لم يبت في هذا الطلب إلا بتاريخ 9 أكتوبر 1979، وعلى إثر ذلك تم الإيداع بتاريخ 11-10-1979، وأن الفصل 976 من قانون الالتزامات يبيح تمديد أجل السنة في طلب الشفعة إذا كان هناك عائق مشروع.

لكن، حيث إن أجلي الشفعة الواردين في الفصل 32 من ظهير 2 يونيو، وهما شهران من تاريخ تحرير العقد، إذا كان الشفيع حاضراً في مجلس العقد، أو السنة من تاريخ تسجيل الشراء بالرسم العقاري، مثل أجل الثلاث أيام المنصوص عليها في الفصل 31 من نفس الظهير، ومثل أجل السنة من تاريخ العلم بالنسبة للعقار غير المحفظ، هي آجال ذات طبيعة واحدة، هي ألها آجال سقوط لا تقادم، وأن العبرة في هذا الشأن لا بالألفاظ وإنما لمقاصد التشريع، وبالتالي فإن تلك الآجال لا تخضع للانقطاع المنصوص عليه في الفصل 381 من قانون الالتزامات والعقود وأن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن أجل الشفعة لا ينقطع بأي إجراء قضائي. قرار عدد 748 ص 86 مجلة القضاء والقانون عدد 143

<sup>500</sup> = المغني م س

<sup>501</sup> = راجع: المغني م س

- وتتعدد أقوال مالك في تحديد المدة المسموح خلالها للشفيع بالمطالبة بالشفعة كالآتي:

- \* إن هذه المدة غير محددة ولا يسقط حق الشفيع بمضي المدة أبدا<sup>502</sup>.
- \* إن هذه المدة محددة في خمس سنوات من تاريخ علم الشفيع بالبيع<sup>503</sup>.
- \* إن أجل ممارسة الحق في الشفعة يحدد بما يقرب السنة كالشهرين أو ثلاثة<sup>504</sup>.

\* إن أجل ممارسة الشفعة ينتهي بغروب آخر يوم من سنة بعد علمه بالبيع<sup>505</sup>.  
غير أن العمل يجري العمل على التفريق بين ثلاث حالات:

### 1- حالة حضور الشريك مجلس العقد المنشئ لحق الشفعة:

في هذه الحالة لا يتجاوز أمد المدة الممكن طلب الشفعة فيها شهرين من تاريخ العقد.

### 2- حالة غياب الشريك عن مجلس العقد المنشئ لحق الشفيع:

يمكن للشفيع أن يطالب بحقه في الشفعة خلال سنة ابتداء من تاريخ علمه بوقوع البيع أو المعاوضة أو من تاريخ زوال وارتفاع المانع الذي منعه من ممارسته<sup>506</sup>.

غير أن العمل القضائي المغربي التقليدي كان يجري على أن أجل الشفعة، سواء حضر الشفيع مجلس العقد المنشئ للحق في الشفعة أو لم يحضره، سنة واحدة تبدأ في الحالة الأولى من تاريخ ذلك العقد، ومن تاريخ العلم به في الحالة الثانية.<sup>507</sup>

<sup>502</sup> = بدائع الصنائع م س

<sup>503</sup> = الهداية م س

<sup>504</sup> = الهداية م س

<sup>505</sup> = مباراة 2 ص 51

<sup>506</sup> = الزرقاني علي خليل م 6 ص 182 - الرهوني م 6 ص 282 - حفة الحكام ص 201

<sup>507</sup> = الدردير على خليل م س - جني الآس في شرح نظم عمل فاس ص 57 لعبد الصمد كنون.

### 3- حالة طلب المشفوع منه الشفيع باستعمال حقه أو إسقاطه وطلب

الشفيع أجلا:

المشهور في مذهب الإمام مالكي والمعمول به فيه أن لا يؤخر الشفيع في الأخذ بشفيعته ولو ساعة واحدة، ويجبر على الأخذ أو الترك على قول مالك في العتبية<sup>508</sup>، وهو مصدر قول ابن عاصم:

وليس للشفيع من تأخير في الأخذ أو في الترك في المشهور.

غير أن العمل بفاس جرى على تأجيل الشفيع إن طلب ذلك على أن لا تتجاوز مدة الأجل شهرين من تاريخ إعلام المشفوع منه الشفيع بالمبادرة باستعمال حقه في الشفعة<sup>509</sup>. وقد جاء في نظم العمل الفاسي:

وأجلوا ثلاثة أيام للأخذ بالشفعة للإتمام

وزيد في إحضار الثمن أكثر من شهرين إن ضاق الزمن.

وإذا كان هناك عذر أو مانع يمنع الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة في المدد المحددة لذلك فإن حقه فيها يبقى محفوظا مادام العذر قائما وموجودا.

وقد عدد الفقهاء المسلمون الموانع التي اعتبروها أعدارا مقبولة ليتذرع بها

الشفيع منها:

#### 1- أن يكون الشريك مكرها:

إذا أكره الشريك على السكوت على استعمال حقه في الشفعة إكراها بالقتل أو الضرب أو بمجرد التهديد، فإن حقه لا يسقط، بل لا يبدأ أجل سريانه إلا من تاريخ زوال المانع.

#### 2- أن يكون الشريك صغيرا:

في هذه الفرضية يفترض أن يكون الصغير مهملا أو سفيها لا ولي له أو فتاة بكرا يتيمة، فهؤلاء لا يسقط حقهم في الشفعة على القول المشهور الذي يجري

<sup>508</sup> = راجع الشرح الكبير 3 ص 484-485

<sup>509</sup> = التسولي 2 ص 106

به العمل إلا إذا مضت سنة على بلوغ الصغير رشده، وترشيد السفیه، وتزويج البكر اليتيمة وترشيدها.

### 3- أن يكون الشريك غائبا:

أجمع العلماء على أن الغائب على شفيعته إلى أن يحضر، واختلفوا فيما إذا كان غائبا وعالما بالبيع فقيل: تسقط شفيعته. وقيل: لا تسقط وهو مذهب الإمام مالك.

ويظهر أن المشرع المغربي لا يرى الشفعة للشفيع الغائب العالم إذ العبرة في سريان أجل سقوط حق الشفعة بعلمه بالتصرف الناقل للملكية، فإذا حصل نتج عنه أثره.

### ثانيا: أساس تأقيت حق الشفعة

الأصل في تأقيت ممارسة الحق في الشفعة إنما هو استخراج فقهي للخروج من مأزق تعارض مصالح الشفيع والمشفوع منه ولا يستند إلى أساس ثابت. ونظرا إلى أن إعطاء الشفيع الحق في إمكانية المطالبة بشفيعته مهما طال الزمن من شأنه أن يضر بالمشفوع ويفتح باب المنازعات على وجه الديمومة ويشيع جوا من الفوضى والاضطراب وعدم استقرار المعاملات، فقد رتب الاجتهاد الفقهي على ذلك تقييد حق الشفيع في ممارسة الشفعة بوقت معين.

ليس صحيحا إذن ما تتناقله الكتب والمصنفات عن بعضها البعض من أن المشرع قد أسند تقنين الأجل في الشفعة وخاصة في الفصل 31 ظهير 2 يونيو 1915 إلى محض إرادته، رغبة في سد باب ممارسة الشفعة، وفسح المجال أمام تملك الأجانب للعقارات بالمغرب. وهو في الحقيقة أسنده إلى ما هو جار وسار فعلا بالمغرب منذ قرون، بل إن دوره اقتصر في الواقع على مجرد نقل

وتصنيف قواعد المذهب المالكي في الموضوع<sup>510</sup>، ولم يتعد كثيراً في تنظيمه لها عن تحف المتحفين، عبر تاريخ المغرب الإسلامي، العظام، ولم يكن في نيته ذلك.

### المطلب الثاني: مدد أجل الشفعة

يتبين من التشريع المغربي أن الشفيع لا يستطيع أن يطالب بحقه في الشفعة إلا خلال سنة كاملة تبدأ من تاريخ علمه بانتقال حصة شريكه إلى مالك جديد، أو من تاريخ زوال المانع الذي كان قد منعه من المطالبة به، كما أنه قد يضطر إلى المطالبة به في مدة أقل إذا تعلق الأمر بعقار محفظ فيما لو حرر عقد الشراء بمحضره، أو قام المشفوع منه بتبليغه بالشراء بعد تقييده.

ويتضح بسرعة عند قراءة الآجال المسموح خلالها للشفيع بمباشرة حقه في الشفعة بأن المشرع جعل أجل الثلاثة أيام سواء في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود أو في الفصل 31 من القانون المطبق على العقارات المحفظة أجل سقوط، بينما جعل أجل الشهرين وأجل السنة في الفصل 32 منه وأجل السنة في الفصل 974 المذكور أجل تقادم صراحة في الفصلين الأولين وبالاقضاء واللزوم في الفصل الأخير.

### أولاً: مدة السقوط

حدد المشرع مدة سقوط الحق في الشفعة في الفصلين 974 من قانون الالتزامات والعقود و31 من ظهير 1915. وهي مدة حتمية، عينها القانون للقيام خلالها بممارسة حق الشفعة تحت طائلة سقوطه، إن لم يباشره الشفيع قبل انصرام أجل ثلاثة أيام، أي كان السبب الذي حال دون القيام بذلك، حتى ولو كان هذا السبب قوة قاهرة أو حدثاً فجائياً. من هناك جاءت تسمية هذه المدة

<sup>510</sup> = صحيح أن المشرع يلجأ إلى المذهب الحنفي أحياناً، لكنه لا يخرج عن قواعد المذهب المالكي إلا إذا لم يوجد فيه حكم.

بمدة السقوط، لأنه يترتب على انقضائها سقوط حتمي وميرم لحق الشفعة المجهول وجوده منوطاً بممارسته خلال مدة ثلاثة أيام<sup>511</sup>.  
ويفهم من الفصلين السابقين أن مدة ثلاثة أيام أجل تأجيل وأجل تعجيل أو استعجال، وتتميز بالمميزات التالية:

- 1- إن هذه المدة تعتبر من النظام العام، فلا تنقطع ولا تتوقف بسبب من الأسباب، وتسري على الكافة وتنتج أثرها في كل حال.
- 2- إن إعمال هذه المدة لا يتوقف إعمالها على تمسك ذي المصلحة بها، بل إن من حق القاضي ومن واجبه أن يتمسك بها من تلقاء نفسه وبدون طلب الخصوم.
- 3- إن حق الشفعة إذا سقط بعدم الممارسة خلال مدة ثلاثة أيام المحددة قانوناً لممارسة الدعوى أو لاستكمال ممارستها إنما يسقط سقوطاً كاملاً وشاملاً، ولا يسوغ التمسك به بعد ذلك لا بطريق الدعوى ولا بطريق الدفع، ولا يتخلف عنه أي أثر.

#### أ - أجل الثلاثة أيام في الفصل 974 قانون الالتزامات والعقود:

اختلف المنظرون والقضاء حول إعمال الأجل الوارد في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود، كما اختلفوا حول مضمونه وأجرأته. ويرجع سبب الاختلاف إلى عزل وفصل هذا الأجل عن أصله التاريخي وعن سياقه في نص الفصل. والصحيح أن نفهم من نص الفصل السابق أن الشفعة قاعدة قانونية ملزمة وسنة نبوية شريفة، إلزامها بات ومطلق، لا يملك أمامه الشفيع والمشفوع منه الخروج على حكمها، فإذا باع أو عاوض أحد الشركاء حصته، وجب اعتبار الشريك الجديد مشفوعاً منه، والشريك القديم شفيعاً، شرعاً وقانوناً.

غير أن المباشرة أو الممارسة الفعلية لحق الشفعة أو تثبيت الحق فيها أو إسقاطه يبقى خاضعاً لسلطان إرادة الشفيع واختياره، فإذا قرر المطالبة به، فإنه يستطيع أن

<sup>511</sup> = قيل: إن أصل التأجيل بثلاثة أيام التي سماها الفقهاء بالتلوم، قول الله تعالى "تمتعوا في داركم ثلاثة أيام"،

وقيل: من "استيتاب المرتد ثلاثة أيام": راجع غنية المعاصر 1 ص 226

يرتب أمره إزاء المشفوع منه وفق ما يتفقان عليه ما دام ذلك في حدود الدائرة المشروعة لهذه المباشرة، فقد يتفقان على الشفعة رضاء واختياراً، دون اعتبار لأجل تقديم الطلب إلى المشفوع منه، ولا لتأجيل المشفوع به أو تعجيله، ولا لطريقة دفع الثمن والمصروفات أو لمكان أو زمان التسليم، واتباع أحكام أخرى في تسوية إجراءات الأخذ بما تخالف ما نص عليه القانون من قواعد مكتملة لم يعن المشرع بها إلا معاونتتهما ووقايتهما من تحكم القاضي، فالمصالح مصالحتها يمكن الاستقلال في تنظيمها، وقد قيل: إن الشفعة بيع. ولاشك في أن البيع عقده شريعة المتعاقدين، وإذا لم يتفقا بشأن ما سبق، عاد أمر تفعيل حق الشفعة إلى حكم القواعد القانونية. فإذا باشر الشفيع حقه في الشفعة مباشرة أو مارسه ممارسة أو طلبه طلباً قضائياً، وتبين حقه والتزامه أصبح ملزماً بدفع المبلغ المؤدى لامتلاك الحصة المشفوعة، إلى المشفوع منه، في أجل لا يتعدى ثلاثة أيام، تحت طائلة سقوط حقه وانحياز أي أثر لتلك المباشرة. "فالشفيع الذي لم يحترم أجل ثلاثة أيام المنصوص عليه في الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود لأدائه أو إيداعه ثمن العقد ولوازمه يكون طلبه غير متوفر على مقتضيات القانونية، مما يجعله غير مرتكز على أساس"<sup>512</sup>.

### ب- أجل الثلاثة أيام في الفصل 31 ظهير 1915

نقل المشرع ما كان يجري به العمل المغربي من أن الشريك يمكنه أن يرفع الدعوى ضد المشفوع منه يطلب منه بواسطتها استعمال وممارسة حقه في الشفعة فوراً لتمكينه مما خرج من يده داخل أجل ثلاثة أيام، وإلا حكم عليه بسقوط حقه في الشفعة في الفصل 31 من ظهير 2-6-1915، لكنه حدد له مسطرة غير قضائية أكثر سرعة.

<sup>512</sup> = قرار عدد 44 في 28-1-1976 إبراهيم زعيم م س



ولكي يسري هذا أجل الثلاثة أيام على الشفيع وتحقق الآثار المترتبة عليه لابد من توافر شرطين:

### 1- تقييد الشراء

إذا قرر المشتري استعجال الشفيع لممارسة شفعة الحصة التي اشتراها من الملك على الشياخ، فقد فرض عليه المشرع في الفصل 31 السابق أن يقيد شراؤه في سجل الإيداع بالمحافظة العقارية وفقاً للمقتضيات المسطرية والأحكام العامة الخاصة بإشهار الحقوق العينية العقارية على العقارات وتسجيلها في السجلات العقارية<sup>513</sup>، وإذا تسلم من المحافظ اعترافاً بذلك جاز له أن يرغمه على أن يبادر إلى ذلك في مدة لا تزيد على ثلاثة أيام تضاف إليها آجال المسافة. وقد لوحظ بعين لا تتم عن الرضا والارتياح<sup>514</sup> أن مفاد هذه القاعدة لا ينسجم ولا يتألف ويتناقض مع القواعد العامة والمبادئ الأسس المؤسس عليها نظام التحفيظ العقاري<sup>515</sup>.

<sup>513</sup> = الباب الأول من القسم الثاني من الظهير 9 رمضان 1331 بشأن التحفيظ العقاري.

<sup>514</sup> = في مختلف الدراسات القانونية في الموضوع.

<sup>515</sup> = الفصول:

-65: يجب أن تشهر بواسطة التسجيل في السجل العقاري جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض وجميع المحاضر المتعلقة بالحجز العقاري وجميع الأحكام التي تكتسب قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكرناه تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو إقراره أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات التي تفوق مدتها ثلاث سنوات وكل إبراء أو حوالة لقدر مالي يوازي كراء بناء أو أرض لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء.

-66: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله، وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك على الأملاك العقارية".

-67: "إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل، دون الإضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

وبالرغم من صراحة تعبير المشرع بأن مدة ثلاثة أيام المنصوص عليها في نص الفصل المذكور تأتي مباشرة بعد "تقييد المشتري لشرائه في سجل الإيداع"، فإن البعض يرى في ذلك غموضاً، فتساءل عن معنى كلمة "تقييد" المذكورة، هل المقصود بها تسجيل الشراء في الرسم العقاري، أم مجرد إيداع عقد الشراء في المحافظة العقارية، وبرجوعه إلى قانون التحفيظ الذي ينص على ضرورة إشهار الحقوق وتسجيلها في السجل وفي الرسم العقاري، واعتبار كل حق لم يتم تسجيله غير موجود، ولا يمكن أن يحتج به في مواجهة أي شخص قبل التسجيل، يذهب إلى أن المقصود بالتقييد المذكور هو تسجيل الشراء في السجل والرسم العقاري، لا مجرد إيداع الشراء في المحافظة العقارية، ليرتب عليه أن التبليغ الذي يوجهه المشتري إلى الشفيع قبل تسجيل حقه لا يعتبر بداية لأجل ممارسة حق الشفعة.

وعملياً، قضت محكمة الاستئناف بالرباط بأن قيام المشتري بإعلام الشريك بالشراء قبل التسجيل لا ينتج أي أثر؛ كما قضت محكمة الإستئناف بالدار البيضاء بقبول طلب العرض العيني وتمكين الطالب من الشفعة المطلوبة بالرغم من أنه لم يتم بالعرض والإيداع إلا بعد مرور أكثر من ثلاثة أيام على توصله من المشتري بالتبليغ المشار إليه في الفصل 31 على اعتبار أن المشتري لم يسجل بعد شراؤه<sup>516</sup>.

غير أن المجلس الأعلى حسم هذا الإشكال، وقرر "أن التاريخ الذي أثبتته المحافظ في سجل الإيداع هو وحده الذي يعتبر تاريخاً للتقييد بالسجل، ولذلك فما دام طالب الشفعة قد توصل بالتبليغ بعد إيداع المشتري لشرائه ولم يبادر إلى طلب الشفعة داخل ثلاثة أيام، فإنه يكون قد تقدم بطلبه بعد فوات الأوان، وأن تاريخ تقييد عقد الشراء بالسجل المعد لذلك هو الذي يجب اعتباره لاستيفاء ما

<sup>516</sup> = حكم في 29 نونبر 1939 منشور بقرارات محكمة الإستئناف جزء 10 ص 500

يفرضه الفصل 31 من ظهير 2 يونيو وأما ما يطرأ من أسباب التأخير في إنجاز عملية التنصيب على ذلك الشراء بالرسم العقاري فلا يغير من الأمر شيئاً".<sup>517</sup>

## 2- تبليغ تقييد الشراء إلى الشفيع

يفهم من الفصل 31 أن المالك الجديد الذي انتقلت إليه حصة المالك المشترك إذا قام بعد تقييد شرائه بتبليغ ذلك إلى جميع الشركاء على الشيعاء سواء كانوا كلهم من نفس المرتبة أو كان بعضهم أولى من بعض، فإن حقهم في الشفعة يسقط بمضي مدة ثلاثة أيام تضاف إليها آجال المسافة.

ويلاحظ أن هذا التبليغ لم يشترط له المشرع شكلاً كما لم يقيّد طريقة تبليغه بمسطرة أو بوسيلة خاصة، غير أن هذا الإطلاق لا يعني إمكانية حصوله بجميع الطرق أو لا يحصل إلا بطريقة واحدة<sup>518</sup>، ووفقاً لمسطرة معينة، إلا أنه لا بد من أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

### 1- أن يكون التبليغ مكتوباً ومؤرخاً ومتضمناً البيانات اللازمة:

\* جميع البيانات الكافية لتعريف مالك الحصة المنتقلة إليه. ولا ينفع كونه شفاهياً أو بواسطة.

\* مبلغ الثمن والمصاريف الضرورية والنافعة التي أنفقتها.

\* إخبار الشفيع باستعداده لتمكينه من شفيعته إن دفع ما عليه خلال ثلاثة أيام من توصله بالتبليغ.

### - أن يكون التبليغ مبلغاً بطرق رسمية.

نظراً لأهمية وخطورة هذا التبليغ واعتباراً لما يترتب عن حصول العلم به من

<sup>517</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 616 في 2 نونبر 1977. مجلة المحاكم المغربية عدد 18 ص 35

<sup>518</sup> = قرار عدد 389 بتاريخ 27-10-1977 مجلة قضاء المجلس الأعلى: "إن الفصل 2 من ظهير 2 يونيو 1915 لا يشترط أي شكل معين للتبليغ، أي تبليغ الشراء كما أنه لا يحيل على قواعد المسطرة المدنية فتكون المحكمة بتطبيقها على التبليغ المذكور الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية - القديم - قد خالفت نص الفصل المشار إليه وعرضت حكمها للنقض.

آثار، يلزم أن يبلغ إلى الشفيع بواسطة رسالة مضمونة الوصول، أو بواسطة كتابة ضبط المحكمة المختصة، أو بأية وسيلة أخرى من الوسائل، أو طريقة من الطرق الرسمية.

#### - أن يصدر التبليغ من المشتري:

لا يكفي أن يبلغ الشفيع بتقييد المشتري من أي كان، وإنما لابد من أن يكون هذا التبليغ صادرا من المشتري شخصيا، ولا يسوغ في القانون المغربي أن يقع من البائع خلافا للقوانين التي تبيح أن يوجه من البائع أو من المشتري للحصة المشفوعة. ولا يسري أجل الثلاثة أيام المنصوص عليها في الفصل 31 من ظهير 2 يونيو لممارسة حق الشفعة إلا إذا وقع التبليغ إلى الشفيع شخصيا، ولا يكفي التبليغ الذي يقع في موطنه لأقاربه أو خدمه<sup>519</sup>.

وأيا ما كان شكل التبليغ أو طريقة تبليغه، فقد رتب المشرع على حصوله قطع كل أجل للشفعة، وجعل أجل ثلاثة أيام المترتبة عن التوصل به أجل سقوط، لا يمكن لا وقفه ولا قطعه، سواء كان الشفيع قد حضر البيع الناقل حصة شريكه إلى المشتري المشفوع منه، أو لم يكن يعلم به.

وعلى أية حال، يعتبر تاريخ إيداع عقد الشراء بالسجل المعد لذلك هو الذي يجب اعتباره لاستيفاء ما يفرضه الفصل 31 من ظهير 2 يونيو<sup>520</sup>.

#### ثانيا: مدد تقادم حق الشفعة

##### أ - أجل الشهرين

يتضح من الفصل 32 من ظهير 2 يونيو 1915 أن الشريك الذي حرر بمحضره عقد البيع الناقل لحصة شريك إلى مالك جديد، وإن لم يبلغ بتقييد ذلك الشراء، لا يستطيع أن يمارس حقه في الشفعة إلا داخل شهرين من تاريخ ذلك العقد.

<sup>519</sup> = قرار عدد 474 بتاريخ 6-6-1979. مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26-50

<sup>520</sup> = قرار عدد 616 بتاريخ 2-11-1977. مجلة المحاكم المغربية عدد 18-35

ويتبين منه أن أجل الشهرين أجل تقادم يتبدى من تاريخ العقد المنشئ لحق الشفعة، وكأن الأمر لا يتعلق بال عقار المحفظ. ويترتب عن ذلك أن حق الشفعة قد يتقادم قبل تسجيله خلافا لقواعد إشهار الحقوق العينية العقارية المقامة على العقارات المحفظة وتسجيلها في السجلات العقارية.

ورغم ما يظهر هذا الفصل من تنكر لعديد من المبادئ القانونية التي لا تحتل أي شك أو تأويل، استقر القضاء على العمل به دون تأويل، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية "أن مضي الشهرين من تاريخ عقد البيع يجعل حق الشفعة يتقادم بالنسبة لكل من حضر عقد البيع حتى ولو كان هذا البيع لم يسجل في الرسم" <sup>521</sup>، ويوضح "أن المقتضيات المنصوص عليها في الفصلين 31 و 32 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقار المحفظ تحدد آجال السقوط، وليس فيها ولا في غيرها من المقتضيات الأخرى ما يمنع الشفيع من استعمال حقه في الشفعة ولو قبل التسجيل" <sup>522</sup>. وقد سار المجلس الأعلى على نفس الاتجاه في قضية مدنية أثار فيها طالب النقض ما يلي: "إن القرار المطعون فيه، قرر أنه عندما يحضر شخص تحرير العقد الذي فوت بواسطته شريكه حقوقه المشاعة للغير في عقار محفظ، فإن أجل طلب الشفعة هو شهران ابتداء من تاريخ العقد، حتى ولو كان هذا الأخير لم يسجل على الرسم العقاري قبل مضي أجل الشهرين كما هو الشأن بالنسبة للنزلة، في حين أنه من المبادئ الرئيسية التي أسس عليها نظام التحفيظ العقاري المؤسس بظهير 12 غشت 1913 أن أي حق عيني لا يوجد بالنسبة للغير ما لم يسجل على الرسم العقاري، وابتداء من يوم تسجيله، وهذا ما يستفاد بالخصوص من الفصول 65-66-67 من الظهير المشار إليه. ويجب أن يستنتج من ذلك أن أجل الشهرين المشار إليه في الفصل 32، لا يمكن أن يتبدى في السريان إلا إذا

<sup>521</sup> = قرار محكمة النقض الفرنسية في 18 مارس 1957: دو كرو ص 302 نقلا عن مجموعة أحكام

الاستئناف بالرباط لسنة 1945 ولسنة 1950 ولسنة 1957: محمد بن معجوز م س هامش 496

<sup>522</sup> = قرار عدد 588 بتاريخ 20 - 9 - 1976. بمجلة القضاء والقانون عدد 130 ص 89

سجل في تلك الأثناء في الرسم العقاري تفويت الحقوق المشاعة التي يمكن شفعتها، ومن جهة أخرى، فإن ترك أجل الشفعة ينقضي بدون المطالبة بالحق، يعني التنازل عن هذا الحق، في حين أن الفصل 33 من ظهير 2 يونيو 1915 المشار إليه ينص على أنه لا يمكن للشركاء في الملك أن يتنازلوا عن حقهم في الشفعة قبل تسجيل الشراء بالدفتري العقاري وإلا كان تنازلهم باطلا، وردت على هذه الوسيلة بما يلي: "حيث إن الفصل 32 المشار إليه بالوسيلة ينص صراحة وبعبارة لا غموض فيها على أن حق الشفيع الذي يحضر عقد البيع يسقط بمضي شهرين ابتداء من تاريخ العقد دون إضافة أي شرط آخر ولا يمكن تأويله وتحميل مقتضياته غير ما أراد المشرع، الذي قد يجيد في بعض الجزئيات عن مبدأ أقره لاعتبارات يراها أحق بالرعاية والاعتبار"<sup>523</sup>.

وتقادم حق الشفعة بمضي شهرين ابتداء من تاريخ العقد، إنما يسري في حق الشريك الذي حرر العقد بحضوره، وأن الحضور المعتد به حسب التأويل الصحيح للفصل 32 من ظهير 2 يونيو 1915 هو المأخوذ من ذاتية العقد نفسه لا المستخلص من أي وسيلة أخرى خارجة عنه<sup>524</sup>، ولا يمكن الاحتجاج ضد طالب الشفعة بعدم احترام أجل الشهرين المنصوص عليها في الفصل 32 من ظهير 2 يونيو 1915 إلا إذا تضمن عقد البيع حضوره في مجلس العقد، ومجرد الإشارة في صلب العقد العرفي إلى هذا الحضور لا يكفي<sup>525</sup>.

### ب - أجل سنة

أجل ممارسة الشفعة خلال مدة السنة أصله وأساسه واحد سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في القانون المطبق على العقارات المحفظة، يعود إلى ما جرى به العمل في المغرب منذ القديم من اعتبار أجل السنة أقصى مدة يمكن للشفيع أن

<sup>523</sup> = قرار بتاريخ 5 يناير 1977 في القضية المدنية عدد 40815، أورده الدكتور محمد بن معجوز م س

<sup>524</sup> = قرار 186 بتاريخ 30-3-1977 بمجلة القضاء والقانون عدد 5 ص 161

<sup>525</sup> = قرار عدد 135 في 24-1-1979، بمؤلف الأستاذ إبراهيم زعيم السابق

بممارسة فيها حقه في الشفعة، وهو في كلا القانونين استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود.

وإذا كان الأصل أن يبدأ التقادم بالنسبة لكل الحقوق من يوم اكتسابها، فإن المشرع نص صراحة على أن أجل السنة يبدأ، في الفصل 976 قانون الالتزامات والعقود، من تاريخ علم الشفيع بانتقال حصة شريكه إلى مالك جديد، كما يتبدى تماما من تاريخ تقييد المالك الجديد لشراء حصة من الملك المشترك، في الفصل 2 من ظهير 2 يونيو 1915، "لا من تاريخ وقوع البيع"<sup>526</sup>.

والعبرة في ممارسة الشفعة داخل الأجل القانوني، بالتاريخ الذي تم فيه إيداع الثمن والمصاريف بين يدي كتابة الضبط لعرضه على المشفوع منه، لا بالتاريخ الذي تم فيه تنفيذ ذلك العرض.

<sup>526</sup> = قرار 535 في 10-12-1975. مجلة القضاء والقانون عدد 127 ص 92 - قرار عدد 999 في 24-12-1980. مجلة قضاء المجلس الأعلى في المادة المدنية 1 ص 457. لكن حيث إن العبرة في اعتبار وقوع العرض العيني قد تم داخل الأجل القانوني أو خارجه، تنطلق من التاريخ الذي تم فيه وضع ثمن الشراء والمصروفات اللازمة من طرف الراغب في ممارسة الشفعة بين يدي كتابة الضبط من أجل عرضه على المشتري، لا من التاريخ الذي تم فيه تنفيذ ذلك من طرفها، وأن القرار موضوع الطعن، عندما تبين ما جاء في الحكم الابتدائي الذي أشار إلى أن ثمن الشراء قد وضع من طرف المطلوب بين يدي كتابة الضبط بتاريخ 23-6-1978، وأن الشراء المطلوب شفحته قد تم قيده بالرسم العقاري عدد 18220 بتاريخ 5-7-1977 يكون قد أحاب بأن العرض قد تم داخل الأجل القانوني، ويكون في الوقت نفسه قد طبق مقتضيات الفصل 32 من ظهير 2 يونيو من جهة، ومعللا تعليلا وافيا من جهة أخرى، فتكون كل من الوسيلتين خلاف الواقع. من أجله: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب، وعلى صاحبه بالصائر.

## المبحث الثاني تقادم حق الشفعة

لا تتطابق قواعد سريان تقادم الحق في الشفعة وقواعد إعماله في الفقه الإسلامي والقانون المغربي.

**المطلب الأول: سريان تقادم حق الشفعة**

**الفقرة الأولى: بدء مدة تقادم حق الشفعة وكيفية حسابها**

**أولاً: بدء سريان مدته**

القاعدة العامة أن نقطة انطلاق سريان مدة تقادم حق الشفعة تكون من لحظة استحقاق الشفيع له ويصح بمقدوره ممارسته حيث لا يعقل أن يطالب به قبل ذلك.

**ثانياً: كيفية حساب مدته**

اعتبر الفقهاء المالكية آجال ممارسة حق الشفعة آجال منصرمة فقرر القضاء أن أجل السنة ليس أجلاً كاملاً، وإنما هو أجل منصرم بحيث يحسب فيه اليوم الأول والأخير، أي أنها تنتهي بغروب آخر يوم منها ابتداء من تاريخ علم الشفيع بالبيع. وهذا يعني أن السنة تبديء من يوم العقد أو من يوم العلم به، لا من اليوم الموالي له، كما أنها تنتهي بغروب شمس اليوم الخامس والستين بعد الثلاثمائة التي تلت يوم العقد أو يوم العلم به، لا من غروب اليوم الموالي، كما هو الشأن في الأجل التام<sup>527</sup>.

<sup>527</sup> = المحكمة العليا الشريفة في 10-1946: ممارسة الشفعة أمام المحاكم الفرنسية بالمغرب ص40



غير أن تقادم حق الشفعة في القواعد القانونية العامة<sup>528</sup> يحسب بالأيام الكاملة، ولا يحسب اليوم الأول الذي يبدأ منه، ويتم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل.

في ضوء هذا الأصل يمكن تقرير القواعد التالية:

### 1- يجري حساب مدة تقادم حق الشفعة بالأيام الكاملة

وهذا يعني وجوب حساب المدة ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل، لذلك قرر المشرع عدم إدخال اليوم الذي يبدأ منه التقادم في الحساب لأنه يوم ناقص، وليس كاملاً.

### 2- تحسب مدة التقادم بالتقويم الميلادي

تحسب مدة التقادم، عموماً، بالتقويم الميلادي لا بالتقويم الهجري، لأن المشرع صرح<sup>529</sup> بأن المقصود بالسنة عندما يكون الأجل مقدراً بالسنة، مدة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً كاملة.

### 3- تنقضي مدة تقادم حق الشفعة بانتهاء اليوم الأخير من الأجل:

وإذا وافق حلول آخر يوم من مدة تقادم حق الشفعة في شفعة الحصّة المنتقلة من الملك على الشيعاء يوم عطلة رسمية فإن سريانه يتوقف بالقوة القاهرة إلى أول يوم من أيام العمل يأتي بعده<sup>530</sup>، ولا تكتمل مدة تقادم الحق في الشفعة إلا بانقضائه دون أن يقطع الشفعة سريانه.

<sup>528</sup> = ينص الفصل 368 من قانون الالتزامات والعقود على أن "يحسب التقادم بالأيام الكاملة لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الذي يبدأ التقادم منه في الزمن اللازم لتمامه. ويتم التقادم بانتهاء اليوم الأخير من الأجل"

<sup>529</sup> = ينص الفصل 132 قانون الالتزامات والعقود: عندما يكون الأجل بالأسابيع أو بالأشهر أو بالسنة يكون المقصود بالأسبوع مدة سبعة أيام كاملة وبالشهر مدة ثلاثين يوماً وبالسنة مدة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً كاملة".

<sup>530</sup> = الفصل 133 قانون الالتزامات: إذا وافق حلول الأجل يوم عطلة رسمية قام مقامه أول يوم من أيام العمل يأتي بعده

### الفقرة الثانية: وقف وقطع تقادم حق الشفعة

قد تطرأ أثناء سير تقادم حق الشفيع عقبات تعترض سبيله فتزِيل كل أثر سابق له وتكون سببا لقطعه أو تعيق تحققه وتعطل مضيه فتصبح سببا لوقفه.

#### أولاً: وقف تقادم حق الشفيع

يتوقف حق الشفيع في شفيعته وفقاً للقواعد العامة لأسباب معنوية تعود إلى رابطة الزوجية أو الأبوة أو الأمومة أو البنوة أو لأحواله الشخصية أو لأسباب ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية:

#### 1- أسباب وقف تقادم الحق في الشفعة المتعلقة بالشفيع

وفقاً للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود لا يسري أجل تقادم الحق في ممارسة الشفعة المنصوص عليه في الفصول 976 و 31 و 32 من ظهير 2 يونيو 1915 في الفرضيات التالية:

#### - إذا كان أحد الزوجين شفيعاً والآخر مشفوعاً منه:

ومثله كون الزوج مشترياً والزوجة شريكة. ويبدأ تقادم حق أحد الزوجين في السريان بالنسبة للفرضية الأولى من تاريخ انتهاء العلاقة الزوجية ما لم يتعلق الأمر بعقار محفظ حيث يمكن للمشفوع منه بعد تقييد الشراء أن يبلغه إلى الشفيع الذي يضطر إلى ممارسة حقه في الشفعة خلال ثلاثة أيام من توصله بالتبليغ تحت طائلة سقوطه.

#### - إذا كان بين الشفيع والمشفوع منه علاقة الأبوة أو البنوة أو الأمومة:

ومثله كون الابن أو البنت مشترياً والأب أو الام شريكاً. ولا يتصور أن تزول الأسباب المذكور، وبالتالي لا يسمح بالمطالبة بحق الشفعة بين الأب وابنه، أو بين الأم وابنها.

#### - إذا كان الشفيع قاصراً مهملاً:

ويبدأ تقادم حق هذا الشفيع في السريان من اليوم الذي يصبح فيه راشد، أو يعين له فيه نائب قانوني أو من تاريخ الحكم بترشيده.

## - إذا كان الشفيع غائبا

إذا غاب الشريك ولم يعرف مكانه، وانقطع خبره ولا يعرف أهو حي يرزق أم قد أودع القبر، فوفقا للقواعد العامة<sup>531</sup> لا يبدأ التقادم بالنسبة إليه إلا من التاريخ الذي تثبت فيه غيبته ويعين له نائب قانوني يتولى إدارة أمواله. ويعتبر في حكم المفقود "الغائب" أي شخص يوجد بعيدا عن المكان الذي يتم فيه التقادم، ويمتنع عليه بسبب هذا البعد المطالبة بحقه، أو على الأقل، اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع تقادم هذا الحق. ويقف سريان أجل التقادم بحق الغائب إلى أن ينتهياً له أسباب العودة إلى مباشرة أعماله<sup>532</sup>.

**2- أسباب وقف التقادم الراجعة إلى ظروف تجعل ممارسة الشفعة مستحيلة**  
يستفاد من الفصل 380 من قانون الالتزامات والعقود أن الشفيع إذا وجد بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقه خلال الأجل المسموح فيه ذلك، فإن التقادم يتوقف بالنسبة إليه.

وهذا المبدأ العام الذي يوافق المشرع المغربي في الأخذ به كل من القانون اللبناني والمصري والسوري<sup>533</sup> يتسع لشمول عدة حالات مثل علاقة الموكل بالوكيل في حدود أعمال الوكالة مادامت قائمة، وعلاقة الخادم بالمخدوم مادام عقد الاستخدام قائما، وعلاقة القرابة أيا كانت إذا بدت علاقة وثيقة واقترنت بملاسات تؤكد وجود الظروف المانعة من المطالبة بالحق في الشفعة<sup>534</sup>.

وقد طبق المجلس الأعلى في قضية تتخلص في أن المشتري لجزء من عقار توفي بعد تسجيل شرائه بالمحافظة العقارية، ولم يسجل ورثته إراثتهم، فتقدم الشريك،

<sup>531</sup> = الفصل 380 من قانون الالتزامات والعقود

<sup>532</sup> = الدكتور مامون الكزبري ص 568

<sup>533</sup> = المادة 356 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة 382 من القانون المدني المصري والمادة 379

من القانون المدني

<sup>534</sup> = الدكتور مامون الكزبري ص 569

داخل سنة من تسجيل الشراء بطلب العرض ضد بعض الورثة المعروفين له، وبعد الإجراءات وتسجيل الإرث، تبين أن هناك وارثا آخر لم توجه عليه دعوى الشفعة، فألغيت دعوى الشفعة بسبب ذلك، وبعد مرور سنوات طلب الشريك تبليغ ذلك العرض للوارث الذي لم يكن أدخل في الدعوى السابقة، ثم رفع هذا الشريك دعوى بتصحيح العرض، فانتهت القضية بالحكم له باستحقاقه للشفعة، ورفض المجلس الأعلى طلب النقض المقدم ضد هذا الحكم بعله أن الشريك استحال عليه مراعاة الأجل القانوني فيما يخص ذلك الوارث الخامس، لكون رسم الإرث لم يسجل إلا بعد مرور الأجل القانوني<sup>535</sup>.

### ثانيا: قطع تقادم حق الشفيع

يفهم من الفصلين 381 و 382 من قانون الالتزامات والعقود أن أسباب قطع تقادم حق الشفيع في ممارسة حقه في الشفعة إما أن تصدر عن الشفيع، وإما أن تصدر عن المشفوع منه.

### أ- أسباب قطع التقادم الصادرة عن الشفيع

#### 1- المطالبة القضائية

ويقصد بها الطلب الواقع فعلا للمحكمة الجازم دون لبس في أن الشفيع يرغب في ممارسة حقه في الشفعة:

- إذا رفع الدعوى أمام محكمة موطنه فتصدر المحكمة حكما بعدم الاختصاص وإحالة القضية على محكمة مكان وجود العقار المطلوب شفيعته، وفقا الفصل 28 قانون المسطرة المدنية بعد مرور أجل ممارسة الشفعة، فإن ذلك يجعل حق الشفيع لا يتقادم.

<sup>535</sup> = حكم عدد 134 في شوال 1387 مجلة القضاء والقانون عدد 95 ص 250

- إذا حكمت المحكمة بإلغاء دعوى الشفعة لفسادها شكلا، كما لو رفعت الدعوى على قاصر من غير أن تكون في اسم وليه القانوني أو رفعها القاصر شخصيا<sup>536</sup>.

وجدير بالذكر أن اعتبار المشرع المغربي المطالبة القضائية قاطعة للتقادم ولو قضى بطلانها لعب في الشكل مخالف لموقف المشرع الفرنسي الذي ينكر كل أثر للمطالبة القضائية من حيث قطع التقادم في حال رد الدعوى لعب في الشكل<sup>537</sup>.

ويسير القضاء على "أن المطالبة القضائية، وإن كانت تقطع تقادم أجل الشفعة، فإن الأجل يستأنف من تاريخ صدور الحكم القاضي بإلغاء طلب الشفعة على الحالة، لا من تاريخ تبليغه، لكون النزاع منتهيا بصدور الحكم في شأنه لا بوقوع تبليغه"<sup>538</sup>.

## 2- المطالبة غير القضائية

يقصد بالمطالبة غير القضائية تلك المطالبة التي يوجهها الشفيع إلى المشفوع منه عن غير طريق القضاء شرط أن يكون لها تاريخ ثابت، وأن يكون من شأنها أن

<sup>536</sup> = الفصل 381: "ينقطع التقادم:

1- بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزاماته، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضى بطلانها في الشكل.

2- بطلب قبول الدين في تفليسة المدين.

3- بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين، أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن في مباشرة هذه الإجراءات.

- الفصل 382: ينقطع التقادم أيضا بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا جرى حساب عن الدين أو أدى المدين قسطا منه وكان هذا الأداء ناتجا عن سند ثابت التاريخ، أو طلب أجلا للوفاء أو قدم كفيلا أو أي ضمان آخر، أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين".

<sup>537</sup> = المادة 2246 من القانون المدني الفرنسي. راجع مامون الكزبري ص 551 - 552.

<sup>538</sup> = قرار المجلس الأعلى رقم 1713 في 3-11-1984. بمجلة المحاكم المغربية عدد 28 ص 66

تجعل المشفوع منه في حالة مطل، ومثالها أن يعرض الشفيح على المشفوع منه المشفوع به فيقبل تسليمه شفيعته، لكن إذا صار يتماطل في تحرير عقد بذلك فإن هذه المماثلة تقطع تقادم حق الشفيح في ظل القانون المغربي. ويوافق التشريع المغربي في ذلك التشريع اللبناني<sup>539</sup> أما التشريع المصري والتشريع السوري فلا يرتبان أي أثر على المطالبة غير القضائية من حيث قطع التقادم<sup>540</sup>.

### ب - أسباب قطع تقادم حق الشفعة الصادرة عن المشفوع منه

ينقطع تقادم حق الشفيح بكل أمر يعترف المشفوع منه بمقتضاه للشفيح بشفيعته، ومثاله:

- أن يعلم المشفوع منه بعد تقييد الشراء أن الشفيح عازم على الأخذ بالشفعة فيعترف له كتابة بحقه في شفعة المنزل الذي يسكنه لكن بشرط أن يمهله ريثما ينهي أشغال بناء منزل جديد.

- أن يقبل المشفوع منه بعد إعلان الشفيح رغبته في الشفعة، وبممكنه من وثيقة مكتوبة يعترف فيه بتوصله بجزء من الثمن وبأنه سيمكنه من الشفعة عندما يحضر له ما تبقى منه.

ويجدر التنبيه إلى أن قطع تقادم الحق في الشفعة تترتب عليه آثار يمكن جمعها في الآتي:

1- إن المدة المنقضية قبل حصول السبب الذي أدى إلى قطع التقادم تهدر من حساب مدة التقادم إذا ما عاد إلى سريانه من جديد وفق مقتضيات الفصل 383 من قانون الالتزامات والعقود.

2- إن تقادما جديدا يبدأ سريانه من زوال السبب الذي أدى إلى قطع التقادم تبعا للفصل 383 السابق.

3- إن مدة التقادم الجديد تكون نفس مدة التقادم القديم الذي انقطع.

<sup>539</sup> = المادة 357 من قانون الموجبات والعقود اللبناني

<sup>540</sup> = المادة 383 من القانون المدني المصري والمادة 380 من القانون المدني السوري

4- إن انقطاع التقادم ينحصر أثره في الشفيع وورثته.

### المطلب الثاني: إعمال التقادم

ينص الفصل 372 قانون الالتزامات والعقود على "أن التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لا بد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به، وليس للقاضي أن يستند إليه من تلقاء نفسه".

وبناء عليه، يمكن استخلاص القواعد الآتية:

#### 1- يلزم المشفوع منه أو ورثته التمسك بتقادم حق الشفيع:

ومعنى ذلك أن هذا التقادم لا يكون بصورة دعوى يقيمها المشفوع منه بقصد إعلان سقوط حق الشفيع بالتقادم، بل هو يتخذ صورة دفع يتقدم به المشفوع منه ردا على دعوى الشفيع.

#### 2- لا يجوز للقاضي إثارة تقادم حق الشفيع من تلقاء نفسه:

الدفع بالتقادم ليس من لا النظام العام، ولا من الدفوع الشكلية، ولذلك لا يحكم به القاضي تلقائيا، وإنما لا بد من أن يتم ذلك بطلب من الخصوم.

#### 3- يجوز التمسك بتقادم حق الشفيع في جميع مراحل الدعوى:

إذا كان يجوز للمشفوع منه التمسك بالتقادم المسقط لحق الشفيع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، فإنه لا يسوغ له ذلك أمام المجلس الأعلى إذا لم يسبق له أن أدلى به في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية.

## الفرع الثاني دعوى الشفعة

دعوى الشفعة طلب مباشرتها وإحقاق الحق فيها وليست شرطا فيه، إذ لا يلجأ إليها إلا إذا امتنع المشفوع منه من التسليم بحق الشفيع رضائيا. وتمارس هذه الدعوى ضد المشفوع منه الذي توجد الحصاة المفوتة من الملك المشترك فعلا وواقعا وقانونا بيده، حسب ترتيب الشفعاء المذكور، ولا تمارس دفعة واحدة من طرف أصحاب كل تلك المراتب، بل يتقدم شريك البائع في السهم فيها على مطلق الورثة عصبية كانوا أم أصحاب فروض، ثم الأخص من ذوي السهام على الأعم منهم، ثم العصبية على الموصى لهم، ثم الأخص من العصبية على الأعم منهم، ثم الموصى لهم على الأجانب.

وتحدر الإشارة إلى أن كلا من هذه المراتب يدخل على ما بعده في الشفعة دون العكس، كما يدخل الأخص من ذوي السهام أو العصبية على الأعم منهم دون العكس، وإن أسقطت مرتبة منهم حقها فيها انتقل هذا الحق إلى المرتبة التي تليها. ويتزل الوارث لكل فرد من أفراد كل مرتبة أو المشتري منزلة أصله أي المورث أو البائع في ممارسة حق الشفعة<sup>541</sup>.

<sup>541</sup> = وتجدر هذه القاعدة أصلها في قول الشيخ خليل: وقدم مشاركة في السهم وإن كأخت أخذت سدسها، ودخل على غيره، كذي سهم على وارث، ووارث على موصى لهم، ثم الوارث الأجنبي، فالضمير في قوله "مشاركه" يعود على البائع أي مشارك البائع كما أن الضمير المستتر في قوله "ودخل" يعود على الأخص، أي ودخل الأخص على غيره أي على الأعم، وقوله "كذي سهم على وارث" تشبيه لدخول الأخص على الأعم بدخول صاحب السهم على مطلق الإرث.



## المبحث الأول

### شروط قبول دعوى الشفعة

أجاز المشرع المغربي للشريك، إذا لم يفلح في أخذ الحصة المبيعة من الملك على الشياخ رضائيا من المشتري، أن يرفع عليه دعوى ليتمكنه القضاء منها جبرا، لكن مسطرة ممارسة حق الشفعة تختلف بين العقار المحفظ والذي لما يحفظ والمنقول.

#### المطلب الأول: طلب الأخذ بالشفعة

ولما استقر القضاء على عدم الزامية الشفيع للعقار غير المحفظ بإيداع الثمن إلا عندما يطلب منه ذلك كأن يعرض عليه المشتري الأخذ بالشفعة ويؤجله القاضي لوضع الثمن<sup>542</sup>، فإن القاعدة في العقار المحفظ أن "الشفيع لا يعتبر ممارسا لحقه في الشفعة إلا إذا أبدى رغبته في الاستشفاع وتقدم بالعروض العينية الحقيقية داخل الأجل المحدد لها في الفصلين 31 و32 من ظهير 2 يونيو 1915"<sup>543</sup>، بمعنى أن ممارسة الشفعة في العقار المحفظ التي يجب أن تقع داخل الأجل القانوني لا تتم بإقامة دعوى الاستحقاق، ولا بمجرد طلب الترخيص بعرض الثمن، وإنما بالتعبير الصريح عن الرغبة فيها وإيداع الثمن بالفعل على ذمة المشفوع منه. ويعد إيداع

<sup>542</sup> = قرار عدد 131 في 29-1-1985. مجلة المحاكم المغربية عدد 55 ص 37 -تطبق بشأن دعوى

الشفعة في العقار غير المحفظ قواعد الفقه المالكى التي توجب ممارسة الشفعة داخل أجل سنة من تاريخ البيع، وتمارس هذه الشفعة بكل إجراء يعبر الشفيع بواسطته عن رغبته في ممارستها: قرار عدد 1617

بتاريخ 26-10-1983 عدد 33-34 ص 52. مجلة قضاء المجلس الأعلى في المادة م 2 ص 114

<sup>543</sup> = قرار رقم 21 صادر عن محكمة الاستئناف بسطات في 27-1-1981 وورد في أحكام الشفعة

الثن داخل الأجل ركنا أساسيا لممارسة حق الشفعة، ولا يعني عنه أي إجراء آخر<sup>544</sup>.

وبإيجاز، لقبول طلب الشفعة في العقار المحفظ، شرطان أو ركنان:

### الفقرة الأولى: إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة

الاستشفاع أو إظهار النية والعزم والرغبة في ضم الحصاة المفوتة من الملك على الشياح إلى مالك جديد لا يكون مجديا في العمل القضائي إلا بالقيام بإجراء مزدوج في الأجل القانوني، وإلا اعتبر الشفيع غير ممارس لحقه بصفة قانونية:

#### أولا: مسطرته

#### أ - تبليغ الرغبة في الاستشفاع إلى المشفوع منه

يتم تبليغ الإرادة الجازمة والرغبة الأكيدة في الأخذ بالشفعة بأية وسيلة تكون مجدية في التبليغ، ويكون طالب الشفعة قد مارس حقه في طلب الشفعة إذا أبدى رغبته الأكيدة في ذلك بأن وجه رسالة يخبر فيها المشتري بأنه عازم على أخذ المبيع بالشفعة وعرض المبلغ المدفوع والمصاريف<sup>545</sup>، مكتوبة سواء باللغة العربية أو الفرنسية أو غيرها مادامت مقتضيات ظهير 1-26-1965 الخاص بتعريب وتوحيد ومغربة القضاء لا تلزم باستعمال اللغة العربية فيما يتبادلها الأشخاص من رسائل أو إشعارات. وتكون المحكمة "قد جانبت الصواب إذا أجابت عن دفع مثارحول توجيه إشعار بالرغبة في ممارسة حق شفعة باللغة الفرنسية، بأنه غير مقبول، لأن الإشعار المذكور لا تشمله الوثائق والمحركات الواردة بالظهير الشريف السابق"<sup>546</sup>.

ونظرا لأهمية هذا التبليغ واعتبارا لما يترتب عن حصول العلم به من آثار، يلزم إيصاله إلى المشفوع منه إما بواسطة رسالة مضمونة الوصول، وإما بواسطة كتابة

<sup>544</sup> = قرار عدد 69 في 9-1-1985 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39 ص 18

<sup>545</sup> = قرار عدد 573 بتاريخ 31-12-1975 ذكره الأستاذ المحجوبي ص 152-153

<sup>546</sup> = راجع: قرار عدد 256 بتاريخ 4-5-1983 بمجلة المحاكم المغربية عدد 28 ص 54

ضبط المحكمة المختصة، أو بأية وسيلة أخرى ما دام من أن المشرع قد ترك الباب مفتوحا لكل الوسائل.

### ب - العرض العيني الحقيقي للمشفوع به

يلزم الشفيع لتصح دعواه أن يعرض على المشفوع منه عينيا، وفقا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية مباشرة أو بواسطة أعوان كتابة ضبط المحكمة الابتدائية المختصة ثمن الحصة المبيعة، ومصروفات العقد من أجرة سمسار ورسوم التسجيل والمحافظة، وقيمة التحسينات التي يكون المشتري قد أدخلها على الحصة المطلوب شفعتها بعد شرائها قبل الأخذ بشفعتها، عملا بمقتضيات الفصل 25 من الظهير المذكور، وأن يكون أداء ما ذكر كاملا، كما يلزم أيضا عقب العرض العيني الحقيقي إذا رفضه المشفوع منه بإيداع هذا البدل بصندوق المحكمة المذكورة رهن إشارة المشفوع منه<sup>547</sup>.

وخلصته وجوب قيام الشفيع بإجراء مزدوج متمثل في إبداء الرغبة في الاستشفاع والقيام بعرض المشفوع به عرضا عينيا حقيقيا يعقبه إيداعه كشرط أساسي لممارسة حق الشفعة خلال الآجال المنصوص عليها في الفصلين 31 و32 من ظهير 2 يونيو<sup>548</sup>.

### ثانيا: سنده

يبدو أن الاجتهاد القضائي المغربي يعتبر أن إعلان الشفيع رغبته في الشفعة، وإن كان في حد ذاته ينم عن استعداده لدفع ما عليه دفعه، لا يكفي وحده

<sup>547</sup> = قرار المجلس الأعلى عدد 339 في 27-10-1977 مجلة القضاء والقانون عدد 128 ص 65

<sup>548</sup> = ينص الفصلان:

- 172: تتم العروض بواسطة أحد أعوان كتابة ضبط المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية وعند عدم وجود دعوى فبواسطة أحد أعوان كتابة ضبط المحكمة المختصة باعتبار موطن أو محل إقامة العروض عليه أو مكان الوفاء.

- 175: يتم الإيداع من طرف المدين قصد إبراء ذمته في كتابة ضبط المحكمة المختصة محليا وذلك بعد رفض الدائن للعروض

للدلالة عن نيته المخلصة وقصده الجازم على الاستشفاع، دونما حاجة لإتيانه في صيغة معينة أو في قالب محدد أو في شكل خاص، مع أن ذلك يكفي في قواعد الفقه الإسلامي، وإنما لا بد من أن يردف إعلانه فيها بعرض ثمن أو بدل الحصاة المراد شفعتها على المشفوع منه عرضا حقيقيا وجديا.

بمعنى أن القضاء المغربي يفهم من القانون المنظم للشفعة أن لا معنى لأي تعبير عن الشفعة غير ما تحمله لفظة دفع وما تقتضيه عبارة "بعد دفع ما عليه"، وما يفيد الفصل 25 من ظهير 2 يونيو المذكور من أن ثبوت الحق في الشفعة يأتي بعد دفع المشفوع به الذي هو التزام قانوني، به يستقر حق الشفيع ويثبت، وينجو من السقوط، وبه تنتقل ملكية الحصاة المشفوعة إلى ملكه.

وهذا الإجراء القضائي المزدوج المركب المعقد يسند القضاء أسباب السير والجرى عليه إلى القانون، لكنه في حقيقة الأمر، ورغم ما ينسب إليه من متالب، مجرد اقتباس من المتون المدونة إلى المدونات المقتنة، وليس اجتهادا من واضع القانون المدني المغربي، كما أنه ليس غربيا عنه، لكن المستغرب فرضه في العقار المحفظ دون العقار الذي لما يحفظ.

### أ - الأحكام القضائية

أسفر تطبيق تشريع الشفعة في القانون المغربي منذ أن أصبح ملزما وساري المفعول عن حكمين متنازعين أو قل إتجاهين قضائيين أو مسطرتين:

#### 1- إيداع الثمن داخل الأجل ركن أساسي لممارسة حق الشفعة

يشترط جانب من الاجتهاد القضائي لقبول دعوى الشفعة عرض وإيداع الشفيع بدل الحصاة المشفوعة خلال أجل ثلاثة أيام من تبليغه بالشراء. وعليه قرر المجلس الأعلى<sup>549</sup> "أن ممارسة حق الشفعة لا تكون إلا بالطلب وإيداع الثمن

<sup>549</sup> = قرار 673 في 12-12-1979 مجلة رابطة القضاة السنة 17 عدد 2-3 ص 192 في 1981

والمصاريف داخل الأجل. ولا يكفي في ذلك الإعراب وحده عن الرغبة في ممارسة حق الشفعة".

ويؤيد رأي فقهي معاصر وجوب قيام الشفيع بالعرض والإيداع قبل رفع دعوى الشفعة مستندا إلى نص الفصل 25 ويقول: إن الشريك يحق له أن يأخذ الحصة من المشتري بعد أدائه المبلغ المؤدى في شرائها، ويرى أن هذه الظرفية، أي بعدية الأخذ أو قبلية الأداء، تقتضي بأن أداء الثمن يجب أن يسبق المطالبة بالشفعة لأن في ذلك برهانا على قدرة الشفيع على الاستشاع، وعلى جديته فيه<sup>550</sup>.

## 2- تصح دعوى الشفعة باللجوء مباشرة إلى القضاء

ويرى اتجاه قضائي آخر أنه لا يمكن الاستدلال بمقتضيات الفصل 25 للقول بإلزامية إيداع الثمن المشفوع به، ولا الفصل 30 من ظهير 2 يونيو 1915 ولو كان العقار محفظا، للقول بأن الظهير المذكور لم يحدد أجلا لوضعه، ولا أي طريقة معينة للإعراب عن الرغبة في ممارسة حق الشفعة، ويقرر "أن طلب الشفعة هو الذي يجب أن يقدم داخل الأجل، أما عرض الثمن فالقاضي هو الذي يحدد أجلا للشفيع لأدائه طبقا لأحكام الفقه المالكي، لأن النص القانوني إنما يتعلق بحقوق الأولوية في الشفعة، وأنه لا شيء يستوجب أن يتقدم الراغب في الشفعة بالعرض والإيداع قبل أن يرفع الدعوى أو أن يقدم دعوى الشفعة ثم يقوم بإيداع الثمن بصندوق المحكمة<sup>551</sup>. وقد قررت محكمة الاستئناف بفاس أن "لا وجود لأي خرق للفصل 25 من ظهير 2 يونيو والفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود ما دام المشرع لم يرتب على ذلك البطلان، إذ المراد من ذلك هو معرفة مدى جدية طلب الشفعة، وقد حصل ذلك باللجوء إلى المحكمة، ثم بإيداع الثمن لديها، كما أن الظهير لم يشترط لقبول دعوى الأخذ بالشفعة أن تتقدمها

<sup>550</sup> = قرار عدد 256 في 4-5-1983. مجلة المحاكم المغربية عدد 28 ص 54

<sup>551</sup> = الأستاذ سليمان الحمزاوي م.س. أنظر: قرار عدد 256 بتاريخ 4-5-1983 مجلة المحاكم المغربية

العروض، بل فتح المجال لطالب الشفعة أن يتقدم إلى المحكمة مباشرة لتقديم طلبه<sup>552</sup>.

والرأي الأخير في طريقة أداء بدل الحصة المشفوعة هو الأصوب، لانبنائه على القواعد العامة لتنفيذ الالتزامات<sup>553</sup> بصفة عامة، لا فرق في ذلك بين بدل منقول أو عقار محفظ أو غير محفظ.

### ب - الأحكام الفقهية أو الخلفية التاريخية

يشترط الفقهاء المالكية في الشريك الذي يطلب الشفعة أن يكون مليئا بالثمن، سواء في السنة التي وقعت فيه المعاوضة التي استحق بها الشفعة أو عند مطالبتة بها<sup>554</sup>، ويرتبون على ذلك:

1- عدم الحكم بالشفعة للشريك الذي يطلبها بعد مرور أكثر من سنة على تاريخ البيع أو المعاوضة لعذر مقبول، إلا إذا أثبت أنه كان يوم البيع قادرا على أداء الثمن، أو أنه اكتسب خلال السنة التي تلت تاريخ الشراء مالا يكفيه لأداء الثمن والمصاريف.

2- عدم الحكم بالشفعة إذ تبين أن الشفيع عاجز عن أداء الثمن والمصاريف. وقد نقض المجلس الأعلى حكما قضى بالشفعة للشفيع دون أن يثبت أنه كان قادرا على أداء الثمن أثناء السنة التي تلت البيع<sup>555</sup> المنشيء لحقه، وقرر<sup>556</sup> أن من

<sup>552</sup> = قرار في الملف المدني رقم 2100 - 88 بتاريخ 20-7-88. مجلة المعيار عدد 15 ص 77

<sup>553</sup> = الفصل 275 من قانون الالتزامات والعقود؛ مطل الدائن لا يكفي لإبراء ذمة المدين. إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، وجب على المدين أن يقوم بعرضه على الدائن عرضا حقيقيا، فإذا رفض الدائن قبضه، كان له أن يبرئ ذمته بإيداعه في مستودع الأمانات الذي تعينه المحكمة. وإذا كان محل الالتزام قدرا من الأشياء التي تستهلك بالاستعمال أو شيئا معيناً بذاته، وجب على المدين أن يدعو الدائن إلى تسلمه في المكان المعين في العقد، أو الذي تقتضيه طبيعة الالتزام، فإذا رفض الدائن تسلمه، كان للمدين أن يبرئ ذمته بإيداعه بمستودع الأمانات الذي تعينه محكمة مكان التنفيذ عندما يكون الشيء صالحا لإيداع.

<sup>554</sup> = المغني 5 ص 509

<sup>555</sup> = قرار 297 في 16-3-1959. مجلة القضاء والقانون عدد 21 ص 826 - بن معجوز ص 79

شروط الأخذ بالشفعة بعد العام كون الشفيع مليئا يوم البيع أو اكتسب مالا داخل السنة، لذلك يكلف الغائب البعيد الغيبة إذا قدم وطلب الشفعة، والمحجور عليه والمهمل، بإثبات أن لهم مالا يوم البيع أو اكتسبوه داخل السنة، وإلا فلا شفعة لهم<sup>556</sup>.

وهذا الإجراء إن كان لتطبيقه في العقار غير المحفظ مبرر، فإن جعله شرطا لقبول دعوى الشفعة في العقار المحفظ لا أساس له في القانون.

وبالرجوع إلى تعريف المشرع المغربي لحق الشفعة في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 ومن مقتضيات الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود يتبين أن الشفعة قاعدة سلوكية ملزمة لإزامها بات ومطلق، لا يملك أمامه الشفيع والمشفوع منه الخروج على حكمها، فإذا باع أحد الشركاء حصته أصبح من تجدد ملكه للحصة المفوتة من الملك على الشفيع مشفوعا منه، والشريك القديم شفيعا بقوة القانون. ويبقى طلب الحق فيها أو إسقاطه رهينا بإرادة الشفيع واختياره؛ فإذا قرر المطالبة به فان الأمر لا يخلو من أمرين:

1- يستطيع أن يرتب أمره والمشفوع منه مادام ذلك في حدود الدائرة المشروعة لممارسة حق الشفعة، فقد يتفقان على الشفعة رضاء واختيارا دون اعتبار لأجل تقديم الطلب إلى المشفوع منه، ولا لتأجيل المشفوع به، أو تعجيله، ولا لطريقة دفع الثمن والمصروفات، أو لمكان أو زمان التسليم، واتباع إجراءات أخرى تخالف ما نص عليه القانون في قواعده المكملة التي لا تلزمهما إلا عند النزاع.

2- وإذا لم يتفق الشفيع والمشفوع منه رضائيا حول تسليم هذا الأخير للأول حقه، عاد أمر تفعيل حق الشفعة إلى حكم القواعد القانونية، ما يعني أن الشفيع

<sup>556</sup> = قرار 287 بتاريخ 6-2-1961، بمجلة القضاء والقانون عدد 40-41 ص 566، بمؤلف الأستاذ

ملزم برفع الدعوى خلال ثلاثة أيام من توصله بالإشعار بالشراء إذا كان العقار موضوع الشفعة محفظاً.

وإذا طلب الشريك بحقه في الشفعة، سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غيره، طلباً قضائياً، فتبين حقه والتزامه، أصبح ملزماً بدفع بدل الحصة المشفوعة إلى المشفوع منه في أجل<sup>548</sup> لا يتعدى ثلاثة أيام، إن لم يكن قد أودعه قبل رضائياً، وفقاً للقواعد العامة، تحت طائلة سقوط حقه، وانحياز أي أثر لطلبه، ولا يصح إمهاله أكثر من ثلاثة أيام، كما لا يسوغ تركه ديناً في ذمته، فإما أن يؤدي الثمن وإما أن يسقط حقه سقوطاً مبرماً، ولو ثبت.

والحقيقة أن المشرع لم يلزم الشفيع بأن يدفع الثمن كله أو بعضه، وبالأحرى عرضه وإيداعه قبل الدعوى، ولا أن يؤخر ذلك؛ وفي ضوء ذلك يمكن القول: إن الشفيع يخير بين طريقتين أو مسطرتين<sup>557</sup>:

1- يمكنه أن يبدأ أولاً بعرض الثمن على المشفوع منه مباشرة، فإن لم يقبله، أودعه في صندوق المحكمة، ثم يرفع الدعوى بطلب الحكم بصحة العرض والإيداع، وتمكينه من الشفعة.

2- يمكنه أن يتوجه رأساً إلى المحكمة بطلب الحكم بتمكينه من شفعة الحصة، ثم يقوم خلال ثلاثة أيام الموالية لتاريخ المقال بالعرض والإيداع، أو يظهر استعداداً لأداء ما عليه إن كان الثمن غير محدد.

<sup>548</sup> = يخالف جانب من الفقه هذا ويقول: إن الشفيع يضحى ابتداء من يوم صيرورة الحكم القاضي بالشفعة نهائياً مالكا للحصة المشفوعة أدى ثمنها للمشفوع منه أم لا، فإن لم يؤده وكان محكوماً به عليه بنفس حكم الشفعة أجز على أدائه بواسطة التنفيذ الإجباري حين تنفيذ الحكم فيما يخص الشفعة وإن لم يحكم عليه به بنفس الحكم المذكور، حكم عليه به بحكم مستقل ويقع تنفيذه عليه إجبارياً لأنه دين في ذمته، ومن الواجب أن يكون محكوماً به عليه بنفس الحكم لما في ذلك من حسم النزاع بين الطرفين والإسراع بإيصال الحق إلى المشتري وقت أحد الحق منه للشفيع. انظر الأستاذ الحمزاوي ص32

<sup>557</sup> = الفصول 275 - 287 من قانون الالتزامات والعقود.



وبالرغم من أن المطالبة القضائية لحق الشفعة، في ضوء التشريع المغربي، تتقاطع فيه القواعد الفقهية والقواعد القانونية، فإن أداء الشفيع ما عليه أداءه أو دفعه يجب أن يخضع للقواعد العامة لتنفيذ الالتزامات بصفة عامة، لا فرق في ذلك بين بدل منقول أو عقار محفظ أو غيره، للأسباب التالية:

- إذا رفض المشفوع منه قبول الثمن الذي عرضه عليه الشفيع أو من يتصرف باسمه تنفيذا لالتزامه، فإن ذلك دليل قاطع على نشوء النزاع بينهما حول الثمن أو البيع أو الشركة، وهذه قضايا تحتاج إلى حكم قضائي يفصل في جوهرها لتبين التزاماتهما وواجباتهما. وفي هذه الحالة يجوز للشفيع رضائيا أن يندره ضمن الشروط المقررة في الفصل 148 لقبول وفائه، ثم يقوم برفع الدعوى في الموضوع داخل الأجل المسموح فيه بممارسة حق الشفعة<sup>558</sup>.

- ليس من العدالة مطلقا إذا كان جزء من المشفوع به مؤجلا للمشتري أن يعجل على الشفيع في كل الأحوال مع أنه يحل محله في الحصة المبيعة، وفي كونه خلفا للبائع<sup>559</sup>، فوجب أن يستفيد مما استفاد منه المشتري.

- إن قيمة التحسينات غالبا ما لا تعرف إلا بعد إجراء الخبرة التي تأمر بها المحكمة الابتدائية بناء على طلب المشفوع منه، ويكون من العبث مساءلة الشفيع بما لم يثبت بعد، وإلزامه بما لا يلزم.

<sup>558</sup> = قرار عدد 602 بتاريخ 4 مارس 1992، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 نونبر 1992 ص 44:

- لا يلزم الشفيع بعرض أداء إلا ما كان على علم به أو يفترض فيه ذلك من المصاريف التي أداها المشفوع منه وكان أداؤها من مستلزمات البيع زيادة على الثمن.

- تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون حيث قضت برفض دعوى الشفعة لكون الشفيع لم يعرض ولم يودع مصاريف أخرى زيادة على مصاريف التسجيل، دون أن تبين إن كان على علم بها أو يفترض فيه ذلك لكونها مسجلة على عقد الشراء أو بالرسم العقاري.

<sup>559</sup> = خلافا لما أتى به الأستاذ بول دو كرو من أن الشفيع لا يمارس حقه في الشفعة في العقارات المحفوظة إلا إذا أدى كل الثمن للمشتري ولو كان جزء منه مؤجلا للأداء: القانون العقاري المغربي ط 2 ص 332

أما ما يفهمه الاجتهاد القضائي من الفصلين 25 من ظهير 2 يونيو 1915، و974 من قانون الالتزامات والعقود من جدية الشفيع في الاستشفاع، والقول بأن أداء الثمن يجب أن يسبق المطالبة بالشفعة وتبريره بكونه برهانا على قدرة الشفيع على الاستشفاع، ما هو في الحقيقة إلا قلب لعلة الحكم وتأويل غير دقيق للنصين الشرعي والقانوني.

والمستفاد حقا من نص الفصلين أن يحكم بالشفعة للشفيع بعد أن يؤدي ما عليه من ثمن ومصاريف، ومفهومه المخالف أن الشفيع لا يتسلم الحصة المطلوبة بالشفعة الثابتة له بالحكم إلا بعد أداء ثمنها، وبذلك يبقى الإلزام بإيداع ثمن الحصة المراد شفعتها قبل رفع الدعوى بدون سند قانوني وبلا مبرر رغم خلفيته التاريخية.

#### الفقرة الثانية: رفع دعوى الشفعة

ترفع دعوى استحقاق الشفعة إلى المحكمة المختصة<sup>560</sup> بمقال مكتوب موقع من طرف الشفيع أو وكيله أو بتصريح يدلي به الشفيع شخصيا ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضرا يوقع من طرف الشفيع أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع.

ويجب لقبول دعوى الشفعة أن يشتمل المقال على بيانات شخصية وموضوعية وأن يرفق بما يثبت ملكية الشفيع على الشياخ وانتقال النصيب المشفوع بمعاوضة.

أولا: أن يشتمل المقال على الأوصاف الشخصية والموضوعية

#### 1- الأوصاف الشخصية<sup>561</sup>

- تشمل جميع البيانات اللازمة التي تعرف بالطرفين الشفيع والمشفوع منه.
- إذا كان الشفيع واحدا ذكر في مقاله رغبته في شفعة الحصة جميعها أو الحصة المنتقلة إلى المدعى عليه.

<sup>560</sup> = الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية

<sup>561</sup> = الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية

- إذا كان الشفيع متعددا وهم من رتبة واحدة وقد اتفقوا على رفع مقال واحد لطلب الشفعة وجب عليهم أن يعينوا في مقالهم نسبة ما يملكه كل واحد منهم ليحكم لكل منهم بالشفعة على قدر نصيبه.
- إذا كان هذا الشريك الراغب في الشفعة في مرتبة أدنى من بعض الشركاء، فيجب أن ترفع دعوى الشفعة بحضور الشركاء الأعلى رتبة ليطلب من المحكمة الحكم عليهم بالإعراب عن موقفهم من الشفعة:
- أن يطالب بتوجيه اليمين إلى المشتري إذا كان يتهمه بصورية الثمن.
- أن يطالب باستحقاق المال موضوع طلب الشفعة إذا كان موضع نزاع.

## 2- الأوصاف الموضوعية

ويعني بيان ذاتية المشفوع ومشملاته، فإذا كان عقار، مثلا، وجب أن يشتمل المقال على وصف العقار، بناء كان أو أرضا، أي ذكر عدد طوابق العقار والمرافق الأصلية والثانوية التابعة، ومساحته وحدوده وعنوانه وأوصافه.

ثانيا: أن يرفق المقال بما يبين شركة الشفيع ونقل الحصص بعوض

أ- تبيان الشفيع ملكيته على الشيع

يستطيع المدعى أن يبين ملكيته على الشيع بإحدى الوسائل الآتية:

1- أن يدلي بعقد شرائه لجزء من العقار على الشيع الذي بيعت منه الحصص المراد شفعتها أو بعقد المغارسة مثلا.

2- أن يدلي بما يثبت أنه أحد من ورثة المالك للشيع موضوع الشفعة.

3- أن يدلي بشهادة عدلين أو عدل وامرأتين، أو ما يقوم مقام ذلك من شهادة لفيف تتضمن الشهادة بملكية طالب الشفعة لجزء معين على الشيع في العقار المطلوب شفيعته<sup>562</sup>.

<sup>562</sup> = الدكتور محمد بن معجوز المزغرافي م س

ومعلوم أن هذه الشهادة وهي التي تسمى بشهادة الملكية لا تقبل إلا إذا توفرت على الشروط التي تشترط في إثبات الملكية وهي أن يشهد الشهود أهم:

- يعرفون المشهود له الذي هو طالب الشفعة،
  - يعرفون المشهود فيه الذي هو العقار باسمه وحدوده وموقعه،
  - يعرفون أن المشهود له يتصرف ويحوز جزء منه كالربع أو الثمن أو نصف العشر أو غير ذلك على الشياح مع شركائه الذين هم فلان وفلان" المعروفون للشهود" منذ عشر سنوات فأكثر، وأنه ينسبه لنفسه وينسبه الناس له.
  - لا يعرفون أن هناك من ينازعه في ملكيته لهذا الجزء.
- وإذا كان العقار محفظا فإن الشريك لا بد أن يثبت أنه كان مسجلا بالرسم العقاري بصفته مالكا حين شراء المشفوع منه لحصة أحد شركائه، ولا يكفيه أي إجراء آخر.

#### ب- تبيان انتقال الحصة المشفوعة بعوض إلى المشفوع منه

يمكن للشفيع وفقا للقواعد العامة أن يثبت انتقال ملكية الحصة المشفوعة إلى المشفوع منه بالطرق التي تثبت بها الدعاوى المالية، كأن يدلي بعقد شراء شريكه الجديد أو بشهادة عدلين أو من يقوم مقامهما بوقوع المعاوضة، ولا يقيدده المشرع بأية وسيلة من وسائل الإثبات، مع مراعاة المبادئ العامة للإثبات، إذ بالنسبة للعقار المحفظ مثلا لا يمكن إثبات انتقاله من أحد الملاك على الشياح إلا بوثيقة مكتوبة.

#### المطلب الثاني: الأطراف

ترفع دعوى الشفعة ضمن الأجل القانوني المحدد أمام المحكمة المختصة من وضد أطراف تتوافر فيهم الشروط الجوهرية والشكلية اللازمة:

يتبين من مختلف النصوص المنظمة للشفعة في التشريع المغربي أن العلاقة تنحصر بين الشفيع والمشفوع منه فقط، ولا تمتد إلى غيرهما، سيرا على ما كان يجري به

العمل في قواعد المذهب المالكي التي تقرر أن المطالبة بالشفعة تباشر ضد المشتري أو المعاوض له، ولا يكون البائع طرفا فيها.

بمعنى آخر، يتلقى الشريك الحصة المشفوعة من المشتري، وليس من مالكةها القديم، ما يجعل العلاقة تنحصر بين الشفيع وبين من تجدد ملكه لها، وينفي أية علاقة بين الشريك الشفيع والشريك البائع حصته لسبب بسيط هو أن هذا الأخير لم يعد شريكا، وبالتالي تصبح مطالبته بالشفعة لا هي قانونية ولا هي فقهية ولا منطقية، فالشفعة في ذاكرة المشرع المغربي أخذت من تجدد ملكه اختيارا.

### أولا: المدعي

المدعي في دعوى الشفعة هو الشفيع. ويشترط فيه توافر أهلية التصرف، فإذا كان كامل الأهلية، أي بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، جاز له وحده أن يرفع دعوى الشفعة شخصيا أو بواسطة وكيل خاص، ولا ضير في ذلك، أما إذا كان قاصرا أو محجورا عليه لسبب من أسباب الحجر، فترفع من نائبه القانوني<sup>563</sup>.

ولا مانع يمنع القاصر ولو لم يبلغ سن الرشد من رفع دعوى استحقاق الشفعة لما في هذا الإجراء من نفع ظاهر له، فبمقتضى الفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود "يجوز للقاصر وناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم...". ولا ريب في أن جلب المنفعة الوارد ذكرها في الفصل المذكور لها معنى عام، يشمل مختلف السبل والوسائل التي تؤدي إلى جلب المنفعة للقاصر<sup>564</sup>؛ وما الشفعة إلا جلب للمصلحة أو دفع للمفسدة، وما رفع

<sup>563</sup> = الفصل 12 من قانون الالتزامات والعقود "التصرفات التي يجربها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجربها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم...."

<sup>564</sup> = الهبة في المذهب والقانون ص 85-86 الدكتور عبد الرحمان بلعكيد ط 1-1997

دعواها إلا سبيل من سبل المنفعة، ولا تعارض بين الفصلين الأول من قانون المسطرة المدنية، والخامس من قانون الالتزامات والعقود من وجوه ثلاثة؛<sup>565</sup>

1- إن الفصل الأول من من قانون المسطرة المدنية فصل عام، أما الفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود فهو فصل خاص، والخاص يقيد العام، كما هو معلوم.

2- إن القاصر لو ظل ينتظر بلوغ سن الرشد لتعرضت حقوقه لخطر الضياع، وفي ذلك مخالفة واضحة للغاية التي يتوخاها القانون من حمايته للقاصرين.

<sup>565</sup> = الفصل 1 من ظهير 11 رمضان 1394 الموافق 8-9-1974 بمثابة قانون المسطرة المدنية: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة أو الأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه. ويثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً، وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده. إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة. وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى". وينص الفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثرهما أو أن يترهما من إلتزام دون أن يحملهما أي تكليف". كما ينص الفصل 182 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاثة سنوات بقرار من وزير العدل". وينص الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية على أنه: يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعوى الآتية:

- 1- القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والنيابات القانونية.
- 2- القضايا المتعلقة بفاقد الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائباً أو مؤازراً لأحد الأطراف". تبلغ إلى النيابة العامة القضايا المسطرة أعلاه قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل بواسطة كتابة الضبط، غير أنه يمكن أن يتم هذا التبليغ أمام المحكمة الابتدائية في الجلسة المندرجة القضية فيها. يمكن للنيلة العامة في هذه الحالة أن تطلب تأخير القضية إلى أقرب جلسة لتقدم مستنتجاتها كتابة أو شفويًا حيث يجب على المحكمة تأخيرها. وللمحكمة أن تأمر تلقائياً بهذا الإطلاع بشار في الحكم إلى مستندات النيابة أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان باطلاً. وينص الفصل 190 من قانون المسطرة المدنية على أن "يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين رقابة عامة على سير النيابات القانونية بدائرة نفوذه. يمكن له أن يتخذ بطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التدابير اللازمة ولو استهدفت الوصي. وله بوجه خاص أن يستدعي الوصي أو المقدم للإدلاء بإيضاحات حول الأعمال التي قام بها، وأن يوجه إليه ملاحظات. وأن يأمره باتخاذ بعض الترتيبات لفائدة القاصر.

3- إن المسطرة ستصحح لا محالة، فالمرشع نص في الفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية أنه في حالة انعدام الصفة والأهلية والمصلحة، فإن المحكمة تنذر الطرف إلى تصحيح المسطرة داخل أجل محدد وأنه إذا تم تصحيح المسطرة فإن الدعوى تعتبر وكأنها أقيمت بصفة صحيحة. ولا يوجه الإنذار بالتصحيح في هذه الحالة إلى القاصر طبعاً، وإنما إلى قاضي القاصرين الذي له الولاية العامة عليهم بمقتضى القانون، كما أن وكيل الملك يبلغ بالدعوى تبعاً لمقتضيات الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية.

ويمكن للقاصر، أيضاً، بدل تحريك الدعوى، أن يشتكي مباشرة لدى وكيل الملك أو قاضي القاصرين، لما له من رقابة عامة على سير النيابة القانونية بدائرة نفوذه، ليتخذ بطلب منه أو تلقائياً التدابير القانونية اللازمة لحماية حقوق هذا القاصر. وإذا تعدد الشفعاء وتزاحموا في طلب الشفعة، فإن الدعوى لا تقبل إلا ممن تتوافر فيه الصفة وفقاً لقواعد ترتيب الشفعاء في الفقه المالكي. وعلى كل حال، إذا تقدم شفعاء متعددون بدعوى الشفعة وكانوا كلهم من مرتبة واحدة قبلت دعواهم، وإن كانوا من طبقات أو مراتب مختلفة قبلت دعوى من كان أعلاهم رتبة، وردت دعوى غيره.

#### ثانياً: المدعى عليه

المدعى عليه في دعوى الشفعة هو كل شخص تملك حصة في ملك مشترك بعوض، نفسه أو خلفه العام المتمتع بأهلية قبض الدين، وإلا ترفع الدعوى ضد من ينوب عنه.

وترفع دعوى الشفعة ضد المشفوع منه الحائز للمشفوع طبقاً للفصلين 974 من قانون الالتزامات والعقود و25 من ظهير 2 يونيو 1915، خلافاً لبعض

التشريعات التي تنص على ضرورة رفعها على البائع والمشتري<sup>566</sup>، وخلافا لما عليه الحكم في هذه الحالة من تذبذب مواقف القضاء المغربي.

### أ - توالي بيوع الحصة

إذا باع المشتري الحصة التي اشتراها من الملك على الشياخ قبل مباشرة شريكه لحقه في الشفعة ثم أراد الشفيع أن يمارس حقه، فإن القضاة الإسلاميين التقليديين يفصلون الإجراءات كما يلي:

1- إذا كان الشريك الذي يطالب بالشفعة قد علم بتلك البيوعات التي تمت حول ذلك النصيب الذي يطلب شفيعته فليس له الحق في أن يشفع إلا من المشتري الأخير، ولا يستحق أن يشفع من غيره لأن علمه بذلك البيع، وعدم قيامه بطلب الشفعة من المشتري عند وقوع الشراء يسقط حقه.

2- إذا قام الشريك بطلب الشفعة قبل أن يعلم بوقوع تلك البيوعات فإن لهذا الشريك أن يشفع من أي مشتر شاء، وتبطل حينئذ عقود البيع التي حدثت بعد شراء المشفوع منه.

3- إذا أراد الشريك شاء أن يشفع من المشتري الثاني كان له ذلك أيضا، وحينئذ يلزم بأن يؤدي لهذا المشفوع منه جميع ما أداه بمناسبة حصوله على ذلك النصيب المشفوع، سواء كان أكثر مما اشتراه به المشتري الأول أو أقل، ويرجع كل مشتر على بائعه بما دفعه له. وإنما كان الشريك مخيرا بين الشفعة من المشتري الأول أو الثاني أو الثالث لأنه يستحق الشفعة من كل مشتر انتقل إليه النصيب المشاع حسب ما تقتضيه مصلحته<sup>567</sup> ما دام قد مارس حقه داخل الآجل

<sup>566</sup> = نص المادة 943 من القانون المدني المصري على أن "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار، وتقيد بالجدول ويكون ذلك في ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة، وإلا سقط الحق فيها، ويحكم في الدعوى على وجه السرعة". يقابل هذه المادة 947 من القانون لمدي الليبي.

<sup>567</sup> = الدكتور محمد بن معجوز ص 308



القانوني طبعاً، وبناء على ذلك، قضت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بأن "للشريك أن يستعمل الشفعة ضد المشتري الأول كما يحق له أن يستعملها ضد المشتري الثاني تبعاً لما تقضي به قواعد المذهب المالكية الشكلية"<sup>568</sup>، غير أن محكمة الاستئناف بالرباط ذهبت إلى "أن الشريك الذي لم يقيد حقه في الشفعة في الرسم العقاري طبقاً للفصل 202 من ظهير 19 رجب 1333 قبل أن يقيد المشتري الثاني شراءه لا يحق له أن يمارس الشفعة إلا ضد المشتري الثاني"، في حين يذهب المجلس الأعلى إلى أن "الشفعة تمارس ضد المشتري، ولو كان قد باع الحصة المباعة وسجل البيع على الرسم العقاري، ويكون للشفيع في هذه الحالة الخيار في الأخذ بالشفعة من يد المشتري الأول أو الثاني"<sup>569</sup>.

<sup>568</sup> = القرار 895 في 19-11-80 ملف عقاري رقم 83130. بمجلة رسالة المحاماة عدد 3 ص 38

<sup>569</sup> = قرار 694 في 13-4-1980 بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 32 ص 24. وقرر المجلس الأعلى:

- حيث تفيد مستندات الملف والقرار موضوع الطعن الصادر من محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 6 - 2 - 1980 أن محمد بن بلقاسم قيد مقالا بابتدائية وجدة ضد الزروقي عبد المجيد، يعرض فيه بأنه يملك على الشياخ حقوقاً في الملك موضوع الرسم العقاري عدد كذا الكائن بوجدة، وأن بعض شركائه قد باعوا جميع حقوقهم على الشياخ في الملك المشار إليه للزروقي عبد المجيد حسب عقد مبرم بينهما بتاريخ 27-5-1975 وسجل بالرسم العقاري بتاريخ 24-1-1976 بثمن قدره كذا، يضاف إليه واجبات التسجيل وواجب التقييد بالرسم العقاري، فيصير المجموع هو كذا، وأنه في 29-4-1976 أجرى للمدعى عليه عرضاً عينياً بواسطة كتابة الضبط يشعره فيه برغبته في ممارسة شفعة ما اشتراه، غير أنه وجد بفرنسا، طالباً الحكم له بحق ممارسة الشفعة في الحقوق المباعة، والحكم له بإخلاله بالرسم العقاري محل المشتري، والقول بأنه على المحافظ العقاري بوجدة أن يشطب على اسم السيد الزروقي عبد المجيد وإخلال المعارض محله بالنسبة للأجزاء المشتراة، ولما لم يعثر على المدعى عليه، نصب له قيم بتاريخ 13-4-1977، فأصدرت ابتدائية وجدة حكماً غنياً بقضى وفق الطلب، فاستأنفه المدعى عليه طاعناً فيه بكون طلب الشفعة قدم خارج الأجل القانوني، ثم تدخل السيد المحاطي علي بواسطة مقال مبيناً فيه بأنه قد اشترى من الزروقي عبد المجيد المدعى عليه جميع الحقوق التي اشتراها هو من جماعة التواق، وبأنه قد أشعر المدعى بتاريخ 30-3-1976 بهذا البيع ولم يقيم بطلب الشفعة داخل ثلاثة أيام، وبعد أن عقب المدعى بكونه مارس حق الشفعة بالنسبة للشراء الأول وضد السيد الزروقي الذي لم يتم إبلاغه له، وأنه قد قام بطلب الشفعة داخل الأجل القانوني الذي هو ستة، أصدرت محكمة الاستئناف القرار موضوع الطعن، القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي وبالتصدي والحكم برفض الطلب،

والواقع أن المشرع صريح وواضح في التعبير عن ترفع ضده دعوى الشفعة، ولا حاجة إلى تفسير ألفاظه أو تأويلها، فالشفعة في لغته ضم، وفي ذاكرته أخذ ممن تجدد ملكه. وبديهي أن يؤخذ المشفوع إذا تداولته الأيدي من اليد التي يوجد فيها فعلا واقعا وقانونا، إذ هي التي يبادلها العوض المذول، أما المشتري الأول الذي باع الحصة إلى مشتر آخر، فلم يعد مالكا لتلك الحصة، وبالتالي لا مبرر لمطالبته بما لا يملك.

### ب - تعدد المشفوع منه

إذا اشترى شخصان أو أكثر جزء من عقار في صفقة واحدة أو اشترى شخصان أو أكثر عدة أنصبة من عقارات واحدة، وحدد نصيب كل واحد من المشتريين فيما وقع عليه العقد، فأراد الشريك في ذلك العقار أو تلك العقارات أن يشفع من بعض المشتريين دون البعض، فهل يحق له ذلك أو يلزمه أن يشفع من جميع المشتريين، في ذلك قولان:

- 1- قال ابن القاسم في المدونة: "لا يجوز للشريك أن يشفع من البعض دون البعض، وإنما يلزم بأن يأخذ من جميع المشتريين أو يترك الشفعة".<sup>570</sup>
- 2- قال أشهب وسحنون: يجوز للشريك أن يشفع من بعض المشتريين دون البعض. وقد اختار اللخمي هذا القول وقال ابن رشد: إنه الأصح والمفتى به<sup>571</sup>.

بعلة أن المدعي كان على علم بأن المشتري الأول السيد الزروقي فوت الحصص التي اشتراها من جماعة التواق للسيد المحاطي، وأنه لم يبق له الخيار في الأخذ بالشفعة من البيع الأول أو الثاني، وأنه كان عليه أن يطلب الشفعة ضد البيع الثاني.

- وحيث ينعي الطاعن على القرار حرق ظهير 3-1-1915، ذلك أن الاجتهاد القضائي المغربي تم في هذا المضمار على أن للشفيع حق الخيار في ممارسة حق الشفعة في البيع الأول والثاني.
- فإن المحكمة بجرمائها الطالب من حقه في الخيار، ارتكازا على تلك العلة، ودون الرجوع إلى القواعد المطبقة حول الخيار في ميدان العقار المحفظ، لم تركز حكمها على أساس قانوني، وأساءت تطبيق القواعد

الواجبة التطبيق في النازلة: راجع الأستاذ المحجوبي م س

<sup>570</sup>= التسولي 2 ص118 -الزر قاني 6 ص186

<sup>571</sup>= أنظر المدونة 4 ص38

وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين عنه، وقال في الرواية الأخرى: إن المشتري يجوز له أن يشفع من بعض المشتريين بعد أن يقبضوا ما اشتروه. ويرر هذا الاتجاه خيار الشفيع بما تقتضيه مصلحته.

وقد انحاز المشرع المغربي إلى قول ابن القاسم منعا لتجزئة الحصة، فأشار إلى أن الشفيع لا يمكن أن يأخذ من شريك دون آخر أي من مشتر دون غيره، وإنما يلزمه أن يأخذ الحصة كلها أو يترك.

### ج - غيبة المشفوع منه

إذا كان المشفوع منه غائبا عند المطالبة بالشفعة فقد ورد في المعيار أن للشريك أن يشهد على نفسه أنه أخذ بالشفعة، وأن الثمن دين في ذمته، يؤديه للمشتري عند رجوعه من غيبته، فإن فعل ذلك استحق الشفعة، وإلا سقط حقه ولا يمكن أن يعتذر بغيبة المشتري. غير أن هذه التقنية لم يستسغها المشرع، ولا يمكن اللجوء إليها، لا في ضوء الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود، ولا في الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915، إذ لا بد من تقديم الثمن عن الأخذ إذا رضي بذلك المشفوع منه. وفي مثل هذه الحالة يمكن للشفيع أن يرفع الدعوى إلى القضاء ليحكم له بالشفعة، بعد إيداع الثمن بالمحكمة المختصة، وفقا لقواعد عرض وتنفيذ الالتزام<sup>572</sup>، وتبعا للفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>572</sup> = قرار المجلس الأعلى رقم 895 في 19-11-980 ملف عقاري رقم 83130 عدد 3 ص 38. وينص الفصل 275 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "... إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وجب على المدين أن يقوم بعرضه على الدائن عرضا حقيقيا، فإذا رفض الدائن قبضه كان له أن يبريء ذمته بإيداعه في مستودع الأمانات الذي تعينه المحكمة. وإذا كان محل الالتزام قدرا من الأشياء التي تسهلك بالاستعمال أو شيئا معيناً بذاته وجب على المدين أن يدعو الدائن إلى تسلمه في المكان المعين في العقد أو الذي تقتضيه طبيعة الالتزام، فإذا رفض الدائن تسلمه كان للمدين أن يبريء ذمته بإيداعه في مستودع الأمانات الذي تعينه محكمة مكان التنفيذ عندما يكون الشيء صالحا للإيداع"، انظر:

## المبحث الثاني المنازعات والحكم بالشفعة

غالباً ما يثور نزاع جدي بين الشفيع والمشفوع منه حول استحقاق الشفيع الشفعة وهو ما يدفع الطرفين إلى الإدلاء بحجج تطرح للمناقشة وتبقى مثارا للأخذ والرد سواء فيما يتعلق بالشركة والشياح أو بانتقال الحصة إلى المشفوع منه بعوض أو بمقدار الثمن والمصاريف أو فيما يتعلق بوقوع الطلب داخل الأجل المحدد له أو غير ذلك، ولا يتبين أنه مستحق للشفعة فعلاً إلا بصدور الحكم النهائي الفاصل في الموضوع.

### المطلب الأول: المنازعات

يمكن تصور النزاع في الشفعة في الصور الآتية<sup>573</sup>

أولاً: النزاع حول التصرف الناقل للملكية

أ- الاختلاف حول البيع

#### 1- إنكار المشفوع منه البيع

إذا أنكر المشفوع منه البيع وتعذر على الشفيع إثبات ذلك فيرى المالكية أن الشفيع بإمكانه أن يرفع الدعوى لتمكينه من الشفعة، وأن يطلب في نفس الدعوى إحضار ذلك الشريك البائع ليجيب عما إذا كان قد باع للمشفوع منه ذلك النصيب الذي يطلب المدعي شفيعته، ويميزون فرضيتين:

- إذا اعترف كل من البائع والمشتري بالبيع وثبتت ملكية البائع لما باعه حكم

للمدعي بالشفعة.

<sup>573</sup> = انظر الدكتور محمد بن معجوز م س

- إذا اعترف البائع وحده بالبيع وأنكر المشفوع منه، فإن اليمين تتوجه على المدعى عليه المنكر<sup>574</sup>:

\* فإن حلف أنه لم يشتر ألغيت الدعوى مع حفظ حق الشريك في طلبها متى تبث انتقال الحصة.

\* وإن نكل عن اليمين حكم للمدعي بالشفعة بناء على شهادة الشريك ونكول المدعى عليه.

- وإذا أنكر البائع البيع الذي ادعاه طالب الشفعة أو كان ينازع في صحته فلا يستحق المدعي الشفعة، ولا توجه اليمين على المدعى عليه. وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة حين قرر أن "من شروط الشفعة أن يكون البيع ثابتاً، أما إذا أنكره البائع والشقص بيده وأقر المتاع بالشراء فلا شفعة إلا بعد صدور الحكم بكون البيع ثابتاً، ولذا يكون غير معلن تعليلاً صحيحاً الحكم بعدم استحقاق الشفعة إن بني على ثبوت البيع بخطاب الحاكم على رسم البيع وعلى علم المدعيتين بالبيع استناداً إلى رسم الصلح والمقاسمة الواقعتين مع غيرهما"<sup>575</sup>.

- إذا أقر المشتري بالشراء وحده وأنكر البائع أو سكت عنه أو كان غائباً فقد كان القضاء يذهب إلى ألا شفعة للشفيع، إذ لا يحكم بالشفعة بناء على إقرار المشتري وحده بالبيع لكونه إقراراً على الغير، غير أنه لم يعد يقرر هذا المبدأ إذ استقر المجلس الأعلى على أن "إقرار المشتري وحده بالشراء يعتبر حجة لفائدة الشفيع في إثبات الشراء، وحقوق البائع مضمونة بالتدخل الإرادي ومبدأ نسبية الأحكام"<sup>576</sup>.

<sup>574</sup> = قرار عدد 26 في 2-12-1969 مجلة قضاء المجلس الأعلى المجلد 6 الأحوال الشخصية ص 153

<sup>575</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م س

<sup>576</sup> = قرار رقم 79 بتاريخ 17-12-1981 بمؤلف الدكتور بن معجوز السابق، ومؤلف الأستاذ إبراهيم

زعيم السابق.

## 2 - إثبات الشفيع الصورية

عرف المشرع المغربي الصورية<sup>577</sup> في الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على أن الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتونة لا يكون لها أثر إلا بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل. وتتخذ إحدى الصور التالية:

- 1- أن تأتي الصورية بأسلوب التستر، وهي إخفاء حقيقة التصرف للعقد بين الطرفين كالهبة في صورة عقد بيع ظاهر قصد التهرب من أحكام الهبة الرسمية.
- 2- أن يتخذ البيع صورة هبة قصد حرمان الشريك من الشفعة.
- 3- أن تأتي الصورية بقصد البيع في شكل الوصية لثلاثي يعلل ما زاد على ثلثها حالة رفض الورثة إقرارها.

<sup>577</sup> = الصورية بمعناها العام هي إظهار الوضع الوهمي بمظهر الوضع الحقيقي خداعا للغير، وإن اختلف الفقهاء في تحديد أساسها القانوني، فإنها تهدف بصفة عامة إلى الاعتداد بالوضع الظاهر مع حماية الغير حسن النية. وهي وسيلة بيد فئة من البشر تستعملها لإخفاء الطبيعة الحقيقية لنشاطها، فهي مظهر يوجد بإرادة الأطراف لحمل الغير على الغلط والتوهم، وبذلك لا تعرف الحقيقة إلا نادرا. وتقتضي وجود عقدين متناقضين أحدهما ظاهر والآخر مستتر بحيث لا يمكن الأخذ بهما معا. وبذلك تكون العبرة بين المتعاقدين والخلف العام بالعقد المستتر، أما العقد الظاهر فلا وجود له قانونيا. فإذا اتخذ الغير بالظاهر واطمأن اليه وأبرم عقدا على أساسه، فمن حقه التمسك بالعقد الظاهر والمطالبة بتطبيق أحكامه عليه. وتتصف الصورية بالخصائص التالية:

- 1- هي نظرية غامضة ومعقدة لأنها تبحث عن الحقيقة في كواليس الاتفاقات وخلفيات العقود، وتنفذ إلى عقول الناس باحثة عن نواياهم الحقيقية.
- 2- وهي نظرية قديمة وحديثة في نفس الوقت، قديمة قدم الحيل الشرعية كما عرفها الرومان والمسلمين، وهي حديثة لأنها مطورة بتطور الأساليب التي يستعملها الإنسان للتملص من أحكام القانون.
- 3- وهي واسعة الانتشار شملت جميع فروع التشريع، وداعت في جميع مناحي الحياة العصرية "راجع نظرية الصورية في ضوء قانون الالتزامات والعقود للدكتور محمد شعبي المدكوري في المحلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية عدد 7 .

ويلزم من يدعي قيام الصورية إثبات ادعائه. لكن طرق إثبات الصورية تختلف بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام عنها بالنسبة للشفيع:

### النقطة الأولى: بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام

يخضع إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين للقواعد العامة، وفي هذا الصدد ينص الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود على أن "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل الالتزامات أو الحقوق والتي تتجاوز قيمتها 250 درهما، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية . وعليه يجري العمل القضائي كما يلي:

- إذا كان العقد الظاهر مكتوبا فإنه لا يجوز إثبات العقد المستتر إلا بالكتابة.
- إذا أثار أحد المتعاقدين صورية العقد فإنه يكون ملزما بالإدلاء بسند كتابي أو على الأقل ببداية حجة كتابية معززة بقرائن أو شهود تثبت وقوع الصورية.
- إذا أراد أحد طرفي العقد المنشيء لحق الشفيع أن يثبت الصورية قبل الشفيع فلا يجوز له ذلك.

### النقطة الثانية: بالنسبة للشفيع

إن للشفيع وهو من الأغيار أن يثبت الصورية بجميع الوسائل ومن حملتها شهادة الشهود والقرائن ولو كانت بسيطة، لأن العقد الصوري لا يشكل بالنسبة إليه عقدا حقيقيا، بل مجرد واقعة، ولا تنطبق قواعد الإثبات عليه.

ويجوز للشفيع أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت له فيه مصلحة حتى لو ثبتت صوريته، إذا لم يثبت أنه كان على علم بالصورية، فيسري عليه حينئذ العقد المستتر؛ ويحق له إثباتها بجميع الطرق حتى في مواجهة باقي الأغيار. وقد قرر المجلس الأعلى أن المحكمة تكون قد تجنبت الصواب حين رفضت دعوى الشفيع بعلّة عدم عرض الثمن، دون أن تبت في الطلب المتعلق بإثبات صورية عقد الهبة المبرم مع المشفوع منه، والقول بأنه عقد بيع حقيقي طبقا لما نص عليه صاحب التحفة بقوله:

له الشفعة مهما يدعي      بيعا لشقص حيز بالتبرع  
ادعاه فعليه البينة      وخصمه يمينه معينة.

ومن القرائن التي دفع بها الشفيع طالب النقص في إثبات صورية الهبة أن  
الموهوب له رجل ملاك غني وأن الواهبة امرأة محتاجة ليس لها إلا ذلك الواجب،  
وهو في الأصل ميراثها من أبيها، وليس بالقليل حتى تتبرع به<sup>578</sup>.

### ب- الاختلاف حول الثمن

يختلف الحكم في قواعد الفقه الإسلامي إذا تنازع طرفا الشفعة حول الثمن أو  
المشفوع به، واختلفا حوله بحسب الفرضيات الآتية:

#### 1- ثمن الحصة محدد ومكتوب في عقد البيع

إذا كان ثمن الحصة محددًا ومكتوبًا في عقد البيع، ورغم ذلك أتم الشفيع  
المشتري بالزيادة فيه، فإن العمل القضائي يجري على وجوب اليمين على المشتري  
سواء كان ممن يتهم بالزيادة في الأثمنة أم لا، يلحفها على أن الثمن الذي بعقد  
الشراء ظاهره كباطنه، وهذه اليمين يمين تهم لا يمكن على المشهور قلبها. قال  
ابن عاصم:

وتهمة إن قويت بما تجب      يمين متهوم وليست تنقلب،

إن حلف المشتري يأخذ الشفيع بالثمن الذي برسم الشراء، وإن نكل عن اليمين  
قومت الحصة المشفوعة، ويأخذ الشفيع بالقيمة ما لم تزد على الثمن الوارد في عقد  
الشراء<sup>579</sup>.

#### 2- انعدام الحجة على ما يدعى من الثمن

إذا انعدمت الحجة على ما يدعى من الثمن، ولم يثبت أحد الأطراف دعواه  
بيينة فإن القضاء والفقه التقليديين كانا يفرقان بين مسألتين:

<sup>578</sup> = الهبة م س ص 211

<sup>579</sup> = الزرقاني على خليل 6 ص 192 - الأستاذ سليمان الحمزاوي م س ص 75



- إن كان الثمن الذي يدعيه المشفوع منه بخلاف ما يدعيه الشفيع هو الثمن الذي يقبل عادة، صدق فيه المشفوع منه دونما حاجة إلى توجيه إليه اليمن لتأكيد ما يدعيه. غير أنه إذا تبين أن المشفوع منه ممن يتهم بالزيادة في الثمن، أو برر الشفيع ادعائه بقرائن وحجج تؤيد دعواه، فإن القضاء يلزمه بأن يحلف على أن الثمن الذي يدعيه حقيقي<sup>580</sup>.

- إذا كان الثمن الذي يدعيه الشفيع هو الثمن العادي صدق الشفيع بيمينه.

### 3- الثمنان أحدهما أقل من الثمن العادي والآخر أكثر منه

إذا كان الثمنان المدعيان أحدهما أقل من الثمن العادي والآخر أكثر منه فإن:

- أشهب يرى أن القول قول المشفوع منه بيمينه.

- ابن حبيب يرى أن ما على الشفيع إلا أداء القيمة الحقيقية للمشفوع يوم

الشراء.

- ابن القاسم يرى أن يحلف كل واحد منهما على ما يدعيه ويميز بين ما يلي:

\* إذا حلفا معا حكم على الشفيع بأداء قيمة المشفوع يوم البيع.

\* وإذا نكل أحدهما وحلف الآخر، حكم على الشفيع بأداء ما وقعت عليه

اليمن.

وقد اعتمد رأي ابن القاسم ووجب الاقتصار عليه.<sup>581</sup>

### 4- ادعاء المشفوع منه نسيان الثمن

إذا ادعى المشفوع منه نسيان الثمن الذي اشترى به المشفوع فإن في المسألة

فرضيتين:

- إذا قال نسيث الثمن فإن المالكية يفرقون بين حالتين:

- إذا مضى من طول المدة ما يندرس به العلم بالثمن وتموت البينة، فإن الأصل

عند مالك "ما طال من العقود حتى تنوسي الثمن فلا شفعة فيه".

<sup>580</sup> = الزرقاني 6 ص 192 - الحطاب 6 ص 305

<sup>581</sup> = التسولي 2 ص 116

- إذا تبين أن المشتري إنما أخفى الثمن ليقطع الشفعة، أو لم يمض على البيع وقت طويل، أو لم يكن يعلم بالثمن، فإن الشفيع يأخذ المشفوع بقيمته يوم البيع لا يوم القيام بالشفعة<sup>582</sup>.

غير أنه، وبمقتضى نصوص قانون الالتزامات والعقود التي تقضي أن لا شفعة إلا إذا أدى الشفيع ما عليه أداؤه، يسير القضاء المغربي المعاصر على اعتبار محكمة الموضوع صاحبة السلطة المطلقة في تقدير الثمن، فلها أن تثمن الشيء المتنازع فيه، ولها أن تعدل القيمة المتعينة من قبل الخبير<sup>583</sup>.

### ثانيا: التزاع حول علم الشفيع بالتصرف الناقل للحصة

إذا ادعى الشفيع عدم علمه بالشراء، فالقول قوله حيث لا حجة للمشتري تثبت عليه به، والأصل في الناس الجهل، وعلى من يدعي خلافه إثباته، قال الشيخ خليل: "وصدق أن أنكر علمه"، وقال الزرقاني شارحا "مع يمينه يؤديها على أن لا علم له بالشراء فإن لم يحلفها فلا شفعة له، ويصدق بذلك المشتري في ادعائه علمه بالشراء كما تقضي بذلك القواعد الفقهية".

ومن المقرر فقها أن الاحتمال مانع من القضاء، وأن من يثبت له حق لا يسقط إلا بدليل واضح، وعليه، إذا ثبت حق شخص في طلب الشفعة، وسكت عن استعماله أكثر من سنة، لا يحكم بسقوط حقه إلا بعد أن يسأل عن سبب سكوته، حتى يتبين وجه الحكم عليه، لأنه يحتمل أن يكون سكوته لعذر لا يسقط معه حقه. وقد قرر المجلس الأعلى "أن علم الشفيع لا يثبت إلا بحجة قاطعة أو ما

<sup>582</sup> = التسولي 2 ص 125

<sup>583</sup> = لكن إذا قلنا بأن للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد الثمن المناسب والحقيقي للمشفوع، فإن معنى ذلك أن القاضي يتعين عليه أن يبقى في الحدود المرسومة لهذه السلطة وهي تطبيق القانون، فإذا اقتضت نازلة ما إعمال السلطة التقديرية، فيجب على القاضي إيجاد التوازن بين حق الشفيع والمشفوع منه مراعيًا شروط المشروعية، والاحتياط من السعة والضيق، لأنها وسيلة لتحقيق الحكم الذي أراده المشرع بالنصوص القانونية. فالسلطة التقديرية مجالها تطبيق القانون، وهذا يفرض على القاضي القيام بنوع من سلطة الملاءمة بين الواقعة والنص القانوني وانعكاس ذلك على الوقائع المعروضة.

يقوم مقامها وإلا صدق في العلم بيمينه<sup>584</sup> "أي" أن تصديق الشفيع في إنكاره للعلم مشروط بعدم ثبوت العلم بحجة أو قرينة<sup>585</sup>.

ومفاد هذا أن المحكمة تحكم على المدعي بأن يحلف على أنه لم يعلم بانتقال النصيب الذي يطلب شفيعته إلا منذ أقل من سنة على تاريخ المقال، وهذه اليمين لا تحكم بها المحكمة إلا إذا رفع المدعي دعواه بعد مرور أكثر من سنة على تاريخ المعاملة، وادعى المدعى عليه بأن المدعي علم بتلك المعاملة قبل سنة، وأجاب المدعي بأنه لم يعلم بها إلا منذ أقل من سنة، فتحكم عليه المحكمة حينئذ باليمين، فإن حلف على أنه لم يعلم بها إلا منذ أقل من سنة استحق الشفيع، وإن نكل عن اليمين توجهت على المدعى عليه المشفوع منه، فإن حلف على أن الشفيع لم يرفع دعواه إلا بعد مرور سنة على علمه بتملكه للحصة سقط حق الشفيع في الشفيع، وإن نكل بدوره عن اليمين ثبتت الشفيع للشفيع، لأن القاعدة تقضي بأن النكول المقابل للنكول يعتبر تصديقا للناكل الأول.

والقضاء بالشفيع بعد مرور الزمن للشريك الحاضر ومن في حكمه مشروع في أصله لما فيه من مصلحة ظاهرة للشفيع، وجرى به العمل، لكن المجلس الأعلى اعتبر مدة أربع سنوات كافية بالنسبة للشفيع الحاضر لحصول العلم بظهور شريك جديد، عملاً بقول جماعة الفقهاء المالكية كابن المواز والباحي وابن رشد<sup>586</sup>.

### ثالثاً: النزاع حول انقضاء الأجل

إذا وقع نزاع بين الشفيع والمشتري حول أجل الشفيع، فادعى المشتري انقضاءه، بينما يدعى الشفيع عدم انقضائه بعد، ولا إثبات لأحدهما على ما يدعيه، فإن المالكية يرون أن القول قول الشفيع بيمينه، ولا يصدق المشفوع منه في ما ادعاه من انقضاء وفوات أجل مباشرة الشفيع. قال ابن عاصم:

<sup>584</sup> = قرار عدد 57 في 14-11-1960 بمجلة القضاء والقانون عدد 35 و 36 - زعيم م س 226.

<sup>585</sup> = قرار عدد 338 في 11-5-1966 بالمرجع في قرارات المجلس الأعلى ص 226.

<sup>586</sup> = قرار المجلس الأعلى 415 في 18-3-1968 بمجلة القضاء والقانون 139 ص 108 1968

وإن ينازع مشتر في الانقضا فللشفيع مع يمينه القضا.

وإذا أثبت المشفوع منه أن طلب الشفعة قد وقع فعلا خارج الأجل الذي يحق للشفيع أن يطلب خلاله الشفعة، كأن يثبت أن الشفيع حضر مجلس عقد البيع، أو علم به منذ أكثر من سنة، أو أن يثبت زوال المانع وارتفاعه منذ أكثر من سنة عن طلبه الشفعة، فإن دعوى الشفعة تلغى.

#### رابعاً: ادعاء أو إثبات القسمة

مبدئياً يمكن أن يثبت ادعاء أو إثبات القسمة بجميع طرق الإثبات.

إذا ادعى المشفوع منه وقوع القسمة بين مالكين على الشيع، وأن بتلك القسمة لم يعد الشفيع شريكا في الشيع، فإن عليه أن يثبت ذلك. والمعتمد والذي عليه العمل والقضاء تكليف المشفوع منه بإثبات ما يدعيه من قسمة، وهو رواية ابن القاسم، فإن أثبت ما ادعاه سقطت دعوى الشفيع، وإن عجز عن الإثبات حلف الشفيع لرد دعوى القسمة، وحكم له بالشفعة<sup>587</sup> بناء على أن المشتري بادعائه القسمة أقر ضمناً بالشركة على الشيع في الحصة المطلوب شفعتها بين الشفيع والبائع له قبل الشراء، فيؤخذ بإقراره في شأن إثبات الشركة التي هي الأصل:

والمدعى لقسمة البتات يؤمر في الأصح بالإثبات.

وإذا كان المدعى عليه قد دفع بعدم الشركة لأن المدعى اختص بموجب قسمة أجريت بجزء معين ولم يعد شريكا واستند في ذلك إلى حجج قدمها وطلب التحقيق على الطبيعة للتثبت من ذلك، ورأت المحكمة أن الأوراق المقدمة ليس فيها ما يقنع بأن المدعى قد خرج من الشيع، لزمها أن تعرض لما طلبه المدعى عليه من التحقيق وتقول كلمتها فيه ما دام هو قد اتخذ وسيلة لإثبات دعواه في حالة عدم اقتناع المحكمة بكفاية ما قدمه من أسانيد. إن عدم تسجيل عقد القسمة

<sup>587</sup> = التسولي 2ص112

لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة، وخروج أحد الشركاء بمقتضاه من الشياخ، أو استقلاله بجزء من العقار، وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة، لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا ينفع على من لم يقيم به<sup>588</sup>.

### خامساً: ادعاء أو إثبات التنازل

قد يدعي المدعى عليه المشفوع منه أن الشفيع قد تنازل له عن حقه في الشفعة، فإذا أقر الشفيع بذلك ثبت التنازل، أما إذا أنكر، فيمكن للمدعي عليه أن يثبته بكل وسائل الإثبات التي تثبت بها الحقوق المالية:

- 1- شهادة عدلين أو ما يقوم مقامهما أو شهادة الليف.
  - 2- شهادة شريك أو اثنان وفي هذه الحالة يكون الحكم:
    - إذا شهد أحد الشركاء بأن شريكه قد تنازل عن شفته فإن هذه الشهادة تقبل إذا وقعت بعد تنازل هذا الشاهد الشريك عن حقه في الشفعة.
    - إذا شهد اثنان من الشركاء بذلك يطبق نفس الحكم، وإذا وقعت قبل تنازل أحدهما وبعد تنازل الآخر قبلت شهادة الأخير ورددت الأولى.
  - 3- شهادة شاهد أجنبي عدل، لكن لا بد من توجيه اليمين لتأكيدهما.
  - 4- شهادة البائع الشريك لأنه لا مصلحة له فيها.
- وإذا لم يثبت المدعى عليه المشفوع منه تنازل الشريك عن حقه في الشفعة فإن اليمين تتوجه على ذلك الشريك المنكر:

\* فإن كان الشفيع واحدا فتوجه عليه اليمين بالإنكار، فإن حلفها حكم له بالشفعة وإن نكل عنها توجهت على المشفوع منه، فإن حلف ثبت التنازل، وإن نكل سقط ادعاؤه.

<sup>588</sup> = طعن مصري رقم 32 بتاريخ 29-1-1943 - انظر مصطفى مهدي هرجة: الشفعة في ضوء

\* وإذا كان الشركاء متعددين وادعى المشفوع منه أنهم تنازلوا عن الشفعة ولم يثبت ذلك فإن اليمين تتوجه على كل من أنكر، فإن كانا إثنين مثلاً حلفا معا وبقي لهما الحق في الشفعة، وإن نكلا معا حلف المشتري وثبت تنازلهما، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر تثبت الشفعة، وألغى ادعاء التنازل. وإذا وافق هذا الشريك الحالف شريكه الناكل على أنه لم يتنازل عن شفعته فإن حق الشفعة يثبت لهما معا، أما إذا ذكر أن شريكه الناكل تنازل فعلا عن الشفعة، فإن حق الشفعة يثبت له وحده بعد أن يحلف مرة أخرى على أن شريكه هذا تنازل عن شفعته، ولا تكفيه اليمين الأولى لأنه حلفها على أنه لم يتنازل عن حقه في الشفعة، فيجب أن يحلف مرة أخرى على أن شريكه تنازل، وحيث يثبت تنازل هذا الشريك بنكوله عن اليمين ويمين الشريك الذي يدعي التنازل، والمعروف "أن النكول يعتبر بمثابة الشاهد المدعي"<sup>589</sup>.

ويجدر التنبيه إلى أن الإثبات لئن كان صعباً في العقار الذي لما يحفظ بعد، فإنه في العقار المحفظ لا توجد أية صعوبة فيه بفضل وجوب تقييد الشراء على الرسوم العقارية المتعلقة بالمبيع، إذ من هذه الرسوم يثبت الشراء وتثبت الشركة، وعلى أساس ما بها يأخذ الشفيع من المحافظة العقارية شهادة بإثبات الأمرين معا، وبتحديد ثمن الشراء والمصروفات. وعليه، لا يمكن في شفعة العقار المحفظ أن تتصور إثبات الشركة أو عدمها بشهادة الشهود، أو إثبات الشراء بإقرار المشتري والبايع، أو إقرار المشتري وحده، ولا يتصور أيضاً ادعاء المشتري نسيان الثمن لطول الزمن على الشراء، أو ادعاء كونه اشترى مقسوماً أو اشتراط كون الشفيع حائزاً لواجبه الذي يشفع به كمالك لممارسة حق الشفعة، مثل ما يتصور ذلك في العقار غير المحفظ.

## المطلب الثاني: الحكم بالشفعة

اختلفت أفهام القانونيين حول طبيعة الحكم القاضي بالشفعة في رأيين:

### أولاً: الحكم بالشفعة منشيء للملكية المشفوع

تنص المادة 944 من القانون المدني المصري "أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع". وقضت محكمة النقض المصرية بإذا كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع في غير حالة التراضي بالحكم النهائي القاضي بالشفعة، ولا سند في القانون لدعوى الشفيع ببيع العين عن المدة السابقة للحكم ولو كان قد عرض الثمن على المشتري عرضاً حقيقياً وأودعه بخزانة المحكمة إثر رفضه<sup>590</sup>.

يفهم منه أن المشرع المصري يعتبر الحكم بالشفعة سبباً للملكية الشفيع ومنشئاً لها، ومقتضى ذلك أن لا يوجد السبب قبل وجود المسبب، ولازمه ألا يتملك الشفيع المشفوع إلا بعد هذا الحكم.

وبالرغم مما يعترى هذا النظر من غموض وخروج عن القواعد القانونية والفقهية، فقد فسره الفقه المصري وبين أن المشرع إنما يقصد اعتبار حكم الشفعة سبباً قانونياً للملكية الشفيع، وليس مجرد حجة أو دليل عليها، وبيني ذلك على كون كلمة سند الواردة في نص المادة المذكورة إنما جاءت في معنى السبب القانوني المنشئ لحق الملكية. ومفهوم ذلك أن لا ينسحب هذا الحكم على الماضي. وقد سبق القول إن رواد هذا الاتجاه يرى أن الشفعة مجرد مركز قانوني لا يعطي الشريك إلا رخصة تملك العقار المبيع وليست حقاً، ولذلك فهي لا تقوى على نقل الملكية إلا بحكم قضائي، وهذا الموقف يجد في الحقيقة مصدره في فقه أبي حنيفة النعمان.

<sup>590</sup> الوسيط 8 ص 779

### ثانيا: الحكم بالشفعة كاشف لحق الشفعة

الأصل في القانون المغربي أن الشريك يتملك الحصة المبيعة من الملك على الشيع من تاريخ الإستشفاع، لا من تاريخ الشراء، ولا من تاريخ الحكم بالشفعة. فعندما يقوم الشفيع بإعلام هذا الشريك برغبته في الشفعة، ويعرض عليه الثمن والمصاريف، تنتقل ملكية الحصة المشفوعة إليه ابتداء من تاريخ الإعلام المذكور فيما إذا كانت الحصة المشفوعة جزء من عقار محفظ أو كان حق الشريك في الشفعة ظاهرا ثابتا بينة يعترف بها المشفوع منه نفسه. ويترتب على ذلك أن الشفيع يصبح مالكا للثمار أيضا من نفس ذلك التاريخ، ويكون الحكم الصادر باستحقاق الشفعة مجرد كاشف لحقه الذي ثبت له عند استعماله لحقه في الشفعة<sup>591</sup>.

<sup>591</sup> = الأستاذ الحمزاوي ص 32. ويقول ابتداء من يوم صدور الحكم القاضي بالشفعة نهائيا، يضحى الشفيع مالكا للحصة المشفوعة أدى ثمنها للمشتري المشفوع منه أم لا، فإن لم يؤده وكان محكوما به عليه بنفس حكم الشفعة أجز على أدائه بواسطة التنفيذ الاجباري حين تنفيذ الحكم في ما يخص الشفعة، وإن لم يحكم عليه به بنفس الحكم المذكور، حكم عليه به بحكم مستقل، ويقع تنفيذه عليه إيجابيا، لأنه دين في ذمته، ومن الواجب أن يكون محكوما به عليه بنفس حكم الشفعة، لما في ذلك من حسم التراع بين الطرفين، والاسراع بإيصال الحق إلى المشتري وقت أخذ الحق منه للشفيع.



## الفصل الثاني

### آثار ممارسة الشفعة

إذا كان من المعلوم أن الشفيع يسحق الشفعة إذا تحققت شروطها ومستلزماتها وميكانيزماتها، فإذا استشفع ترتبت عنها أثرها بصورة تلقائية وأوٹوماتيكيا، فإن العلماء المسلمين وعلماء القانون يختلفون حول نوع وطبيعة هذه الآثار وزمان حدوثها، ولذلك نجد الآراء الفقهية تختلف من مذهب إلى آخر، ومن اتجاه إلى اتجاه، حول كثير من المسائل الجوهرية التي تطرحها الشفعة، وخاصة منها ما يتعلق بزمان انتقال الحصة المشفوعة من يد الشريك إلى ذمة الشفيع وضمها إليها، وكذا ما يتعلق بضمان العيوب وضمان الاستحقاق على أساس أن تلك الحصة كانت قد تداولتها أيدي مختلفة.

ولتوضيح ذلك نتناول بالبحث الإشكال في فرعين، أولهما نتعرض فيه لانتقال ملكية المشفوع إلى الشفيع، وفي ثانيهما لأثر ممارسة الشفعة:

## الفرع الأول انتقال ملكية المشفوع إلى الشفيع

تتطلب أجرة هذا الفرع التعرض لمسألتين في مبحثين، يتعلقان على التوالي بوقت انتقال ملكية المشفوع إلى الشفيع من المشفوع منه وبالتصرفات التي يجريها على المشفوع حينما يكون تحت تصرفه، وما يعرفه من نقاش فقهي وقانوني وتعدد اتجاهات الفقهاء فيه.

## المبحث الأول وقت انتقال ملكية المشفوع إلى الشفيع

عرف الوقت الذي يصبح فيه الشفيع مالكا للمشفوع نقاشا فقهيا وقانونيا وتعددت اتجاهات العلماء فيه.

### المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية

تنتقل ملكية المشفوع إلى الشفيع عند الإمام أبي حنيفة إلى الشفيع بمجرد إتيان الشفيع بطلب الموازية وبطلب الإشهاد والتقارير صحيحين<sup>592</sup>. وهذا الحكم هو

<sup>592</sup> = ويقر البعض مذهب الحنفية على الوجه الآتي: إذا بيع العقار دخل في ملك المشتري بمجرد عقد البيع دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع. فإذا استحقه شفيعه بالشفعة لم يملكه بمجرد طلبه، لأن حق الشفعة ضعيف فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشتري بعقده. ولذا لا يملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين، الأول تسلمه من المشتري عن رضا منه فيتملكه من وقت تسلمه، الثاني قضاء القاضي له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا. وذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المختصة حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه فأما ما تملكه بأخذه له عن رضا، فلأن ذلك بمنزلة شراؤه من المشتري بما قام عليه، والشراء عقد ناقل للملكية. وأما تملكه بقضاء القاضي، فذلك لا يكون إلا عند إباء المشتري، وإبائه في هذه الحالة ظلم وقد نصب القاضي لرفع الظلم. فيقوم القاضي حينئذ مقامه في هذه المعايضة دفعا لظلمه، ويملكه الشفيع بما قام به المشتري، ويدخل الثمن في ملك المشتري حينئذ حبرا عنه، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضي مقامه فيه. وإذا كان الشفيع للعقار المشفوع فيه في هذه الحالة أيضا عن طريق شراؤه من القاضي، أو كأنه اشتراه من القاضي نيابة عن المشتري. وهذا بين إذا كان المشتري قد تسلم المبيع من بائعه، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال في يد البائع فإن هذا التوجيه لا يظهر. ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع في هذه الحالة يصبح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشتري، وذلك مفسد البيع. وإذا فسد البيع الصادر للمشتري زال ملكه، وعند ذلك لا يصح أن يكون مملكا، ولا ينوب عنه القاضي في التملك. ولذا قالوا إن هذا القضاء في هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة للمشتري، ويجعل الإيجاب الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع، وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعد الشفيع في هذه الحالة مشتريا من البائع مباشرة لا من المشتري وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع

ظاهر مذهب الحنفية وعليه الفتوى<sup>593</sup> ويفسر الكرخي سبب ثبوت الحق للشفيع وانتقاله قائلاً: "إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري في المشهور من قولهم، وروى عن أبي يوسف أنه لا ينتقض. واختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع. وقال بعضهم، وهو قول محمد: ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري، وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من البائع إيجابان، أحدهما من المشتري والآخر من الشفيع، فإذا قضى القاضي بالشفعة، فقد قبل الشفيع الإيجاب الذي أضيف إليه، وانقضى ما أضيف إلى المشتري، سواء قبل المشتري الإيجاب المضاف إليه، أو لم يقبل"<sup>594</sup>.

أما في المذهب المالكي<sup>595</sup> فنقل ملكية الحصة المبيعة من الملك الشائع بإحدى هذه الوسائل:

- 1- إذا عرض المشفوع به على الشفيع منه مباشرة وقضاء.
  - 2- إذا شهد عدلين بحضور المشفوع منه على أنه استعمل حقه في الشفعة.
  - 3- إذا حكم باستحقاقه للشفعة بعد إثباته لموجباتها.
- فإذا تحققت إحدى هذه الوسائل أصبح الشريك مالكا للحصة المشفوعة ويحق له التصرف فيها بقوة القانون ووفقا للضوابط الشرعية.

---

فيه، إما من مشتريه وإما من بائعه. ولذلك يثبت له من الخيارات ما يثبت للمشتري، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتناقض مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة، ثم لا يتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشرته من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقييده أو بخيار فسخ ونحوه، لأنه قد أخذ بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر فإن وجد بالمبيع عيباً رده على من تسلمه منه فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه، كان المشتري مخيراً حينئذ في إمضاء صفقته أو عدم إمضاءها دون توقف على إرضاء البائع. وإن رده على مشترته لأنه تسلم منه، كان كل من بائعه ومشرته ملزماً بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط في عقد البيع الذي تم بينهما وكأنه لم ينقض": أحكام المعاملات الشرعية ص 119 علي الخفيف سنة 1942 - البدائع ص 24 - الوسيط ص 8 ص 729

<sup>593</sup> = الفتاوى الهندية ص 173 - بدائع الصنائع ص 5 ص 16

<sup>594</sup> = علي الخفيف م ص 119-120 - البدائع ص 5 ص 24

<sup>595</sup> = الزرقاني ص 6 ص 185

## المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية

للفقه القانوني في تحديد لحظة صيرورة الشفيع مالكا للمشفوع آراء يمكن تلخيصها في أربعة:

1- إن الشفيع يملك الحصة من تاريخ صدور البيع من الشريك للمشتري المشفوع منه.

2- إن الشفيع لا يملك الحصة المشفوعة إلا من يوم صدور الحكم النهائي بالشفعة.

3- إن الشفيع يملك الحصة من تاريخ إعلان رغبته في الشفعة وعرضه الثمن على المشتري.

4- إن الشفيع يملك الحصة من تاريخ رفع دعوى الشفعة.

وقد انتقد بعض الفقه المغربي<sup>596</sup> الرأيين الأولين على أساس أنهما يخالفان القاعدة المقررة فقها وقانونا من أن المشتري يملك الحصة المشتراة ملكية تامة عند شرائها ولا يكون محر حائز لها، وتبنى الرأي الثالث إذا كان موضوع الشفعة عقارا محفظا، لكن هذه التفرقة لا تنبني على أساس قانوني.

والحقيقة أن المشرع المغربي المتشبه بمالكه يعتبر الشفيع مالكا للمشفوع بمجرد طلبه رضائيا أو قضائيا. وهذا مقتضى قول الرسول ﷺ "الشريك شفيع".

<sup>596</sup> = الدكتور محمد بن معجوز م من ص 554

## المبحث الثاني التصرفات الجارية على المشفوع

يعتبر المشتري مالكا ملكية تامة الحصبة المتنقلة إليه من الملك على الشيعاء من يوم شرائه لها أي من اليوم الذي باعها أحد الشركاء أو عاوض بها وأخرجها من ملكه.

ومما لاشك فيه أن المالك الجديد الذي انتقل إليه نصيب أحد الشركاء يحق له أن يتصرف في هذا النصيب بكل أنواع التصرفات. غير أن تصرف المشتري في الحصبة المتنقلة إليه من الملك على الشيعاء مهما يصح يبقى شبيها بالتصرف تحت شرط فاسخ. وينتج عن ذلك أن الشريك إذا طالب بشفيعته تحقق الشرط الفاسخ ففسخ ذلك التصرف، وإذا انصرم الأجل الممنوح خلاله للشفيع بممارسة حقه أو تنازل الشريك عن حقه اعتبر التصرف نهائيا. لكن الفقهاء يميزون بين أحكام التصرفات المترتبة على المشفوع قبل طلب الشفيع بشفيعته وأحكام تلك الواقعة عليه بعد طلبها:

### المطلب الأول: تصرفات المشفوع منه في المشفوع قبل طلب الشفيع

وإن لم يكن المشرع المغربي صريحا في صحة تصرفات المشتري في الحصبة المشتراة من الملك على الشيعاء، فإنه كان واضحا في أن الشريك لا يصبح شفيعا حتى يأخذ بشفيعته، وهذا يعني أن للمشتري التصرف بحرية في ملكه بدون منازع وفقا للقواعد العامة، و يمكنه الاحتجاج بملكيته تجاه الغير من يوم الشراء أو من يوم قيامه بتسجيل شرائه في الرسم العقاري.

ويستحق المشتري للحصبة من الملك على الشيعاء الغلة سواء كانت أنتجها النصيب الذي اشتراه أو مالا نتج مقابل كراء العقار أو منفعة استفادها المشتري

منه، سواء كان يعلم بكون النصيب على الشياح أولاً يعلم، فاستحقاق الشريك للشفعة لا يمنع المشتري من التصرف فيما اشتراه<sup>597</sup> بشرط أن يتقيد بالقواعد المنظمة للملكية الشائعة، وخاصة تلك المنصوص عليها في الفصل 962 من قانون الالتزامات والعقود<sup>598</sup>، ولا يمكن للشفيع أن يرجع عليه بشيء.

صحيح أن الشريك ينشأ له الحق في الشفعة بمجرد تصرف شريكه الناقل لحصته لكن هذا الحق لا يقيد حرية المشتري في التصرف في تلك الحصة بالرغم من أن حق الشفعة يبقى متصلاً ومتعلقاً بها. وإذا رتب المشفوع منه حقاً على المشفوع فإن هذا الحق يسري في حق الشفيع إذا كان مسجلاً، إن كان موضوع الشفعة عقاراً محظاً، لأن المشتري هو المالك الحقيقي الظاهر الذي تعامل معه الغير بحسن نية، ولذلك يسري تصرفه في حق الشفيع.

### المطلب الثاني: تصرفات المشفوع منه في الحصة بعد طلب شفعتها

بمقتضى الفصلين 974 من قانون الالتزامات والعقود و25 من ظهير 2 يونيو 1915 يكون المعاوض أو المشتري لحصة من الملك على الشياح حراً في أن يحدث تحسينات في الحصة المشتراة، لكنه يكون ملزماً بالاعتراف للشفيع بشفيعته وتسليمها له متى طلبها طلباً جدياً، وإذا لم يفعل فإنه يصبح في مركز الحائز سيء

<sup>597</sup> = ينص الفصل 15 من ظهير 2 يونيو 1915 على أنه:

"يجوز لملك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات التي يرتبها عدا الاستثناءات... كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء وأن يقوم بكل تنقيب يرتبها، وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن الحصول عليها، ما عدا الاستثناءات الناجمة عن القوانين والضوابط المتعلقة بالمناجم والتحف الفية والأثرية، وكذا بالقوانين والضوابط المتعلقة بنظام الأمن".

<sup>598</sup> = ينص الفصل 962 على أن "لكل مالك على الشياح أن يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه على شرط ألا يستعمله استعمالاً يتناق مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له، وألا يستعمله استعمالاً يضر بهم وفقاً لملا تقتضيه مصالحهم".

النية، إذ حق الشفيع ثابت بنص قانوني، ولا يمكن للمشفوع منه أن يفوته عليه، وإذا نقل المشتري الحصة إلى مشتر آخر فإنها تنتقل إليه مثقلة بذلك الحق. والحقيقة أن المشتري لحصة مثقلة بحق الشفعة لا يمكن أن يعتبر إساءة النية، على الأقل فيما لو كان موضوع الشفعة عقارا محظا، ولذلك يعتبر المشفوع منه إذا استمر واضعا يده على المشفوع بعد أن طلب الشفيع شفيعته، مسؤولا تجاه الشفيع وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ولا تسري في حقه جميع الحقوق التي يرتبها على المشفوع، ويعامل بصدده ما يحدثه من بناء وأغراس وفقا لقواعد الالتصاق<sup>599</sup>. ولا يسمح له بالاحتجاج بأولويته الناتجة عن تسجيل حقه في الرسم العقاري قبل مطالبة الشفيع بشفيعته.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الشفعة لا يحتاج إلى تقييده في السجل العقاري حتى يحتج به تجاه الأغيار، لأنه حق مضمون بالقانون، بل هو من صميم عقيدة المسلم.

<sup>599</sup> = تنص الفقرة الثانية من المادة 946 مدي مصري: "إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس"، وتقابلها المادة 950 مدي لبي.



## الفرع الثاني

### التزامات الشفيع والمشفوع منه

مما لا شك فيه أن المشرع قد حصر العلاقة في الشفعة بين الشفيع والمشفوع منه إذ قرر أن تباشر الشفعة من الشفيع ضد المشفوع منه الذي انتقلت إليه الحصّة المشفوعة، ويترتب عنه أن يتحمل المشفوع منه تجاه الشفيع بجميع الالتزامات التي يتحمل بها البائع تجاه المشتري. وإذا ظهر عيب بعد طلب الشفعة بالمشفوع أو استحقها الغير فإن الشفيع يرجع على المشفوع منه بالعيب أو الاستحقاق وفقا للقواعد العامة بخلاف بعض القوانين العربية التي تعطي الشفيع حق الرجوع على البائع وحده دون المشفوع منه سيرا مع أحكام المذهب الحنفي.

## المبحث الأول التزامات الشفيع

بديهي أن يترتب عن الأخذ بالشفعة التزام الشفيع بالمشفوع به، فأداء الثمن أثر لممارسة الشفعة وليس شرطاً فيها، فإذا ثبت حق الشفعة، وتعين مقدار الثمن، أصبح الشفيع ملزماً بدفع وأداء ما عليه للمشفوع منه خلال ثلاثة أيام، وملتزماً بتسليم المشفوع.

### المطلب الأول: الالتزام بتعويض المشفوع منه

فضلاً عن أن الشفيع ملزم بأداء المشفوع به كاملاً يلزم بأن يعرض المشفوع منه عن المصروفات الضرورية التي أنفقها على المشفوع، ولا يجوز له أن يطلب إنقاصه بدعوى أن المشفوع قد قلت قيمته نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وظروف طارئة، ليست من فعل المشفوع منه، كما لا يجوز للمشفوع منه أن يطلب مبلغاً أكبر إذا زادت قيمته لنفس الأسباب.

لا شك في أن حق المشفوع منه في التعويض على المصروفات الضرورية والنافعة أساسه الفصلان 974 و 25 السابقان، فإذا أثبتها المشفوع منه أثناء سير الدعوى أو بدعوى مستقلة على حدة، صار الشفيع ملتزماً بها.

ويترتب عن ذلك أن يسترد المشفوع منه هذه المصروفات طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، ويكون للمشفوع منه حق التنفيذ في أموال الشفيع، إذا ما طالب باستردادها بدعوى مستقلة عن دعوى الشفعة.

ومعلوم أن للفقهاء المسلمين الأوائل عدة أقوال في العوض الذي يستحقه المشفوع منه إذا زاد في قيمة المشفوع، كأن يبني عمارات، أو يغرّس أشجاراً، أو

يصلح أرضا زراعية، أو يجهز سفينة أو يجدها، أو يؤثث سيارة، لكنهم يفرقون  
عموما بين فرضيتين

**أولا: إذا لم يكن الباني أو الغارس يعلم أن له شفيعا**

إذا كان المشفوع منه لا يعلم أن الحصة المشتراة جزء من الملك على الشيع،  
فإن الشفيح ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه القيمة التي يساويها ذلك البناء أو ذلك  
الغرس يوم الأخذ بالشفعة على أساس أنه قائم غير مقلوع.

**ثانيا: إذا كان المشفوع منه يعلم حين تصرفه أن له شفيعا:**

هنا يرى المالكية أن يخير الشفيح بين أن يؤدي للمشفوع منه قيمة بنائه أو  
غرسه على أنه مقلوع وبين أن يأمره بقلعه. أما أبو حنيفة فيرى "فيما إذا بنى  
المشتري أو غرس في الشقص وهو يعلم أن له شفيعا، أن الشفيح مخير بين أن يأمره  
بقلع ما بناه أو ما غرسه وبين أن يعطيه قيمة البناء أو الغرس مستحقي القلع، أي  
يعطيه قيمته البناء والغرس على أنهما مقلوعان، بعد أن يسقط من تلك القيمة  
أجرة القلع لأن المشتري بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير أن يسقطه  
صاحب هذا الحق، ولذلك كان جزاؤه أن يقلع"<sup>600</sup>، بينما يرى أبو يوسف أن  
الشفيح لا يجبر المشتري على القلع، وإنما يجب عليه أن يأخذ البناء والغرس  
بقيمتها قائمين زيادة على ثمن العقار، وإلا فلا شفعة له، لأن المشتري كان محقا  
عندما بنى في ملكه، ولا يمكن تكليفه بالقلع، لأن الذي يكلف بذلك هو  
المتعدي<sup>601</sup>.

### المطلب الثاني: الالتزام بتسليم الملكية

يلتزم الشفيح بتسليم الشيء المشفوع وفقا للقواعد العامة في المكان والوقت  
الذين يجدهما العقد، فإن سكت العقد عن البيان ولم يجز بشأنه عرف التزم بأن

<sup>600</sup> = الهداية 7 ص 431

<sup>601</sup> = بدائع الصنائع 3 ص 29

يتسلمه فوراً إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن، وإن لم يتقدم لتسلمه وجب إتباع القواعد المتعلقة بمطل المدين.

وإذا لزم تسليم الأشياء على عدة دفعات، فإن عدم تسلم الدفعة الأولى يترتب نفس الآثار التي يترتبها عدم تسلم الأشياء كلها<sup>602</sup>.

ومبدئياً يعتبر الشفيع مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة عن الأضرار التي يحدثها انهيار أو تهمد الحصة المباعة من تاريخ تسليم الشفعة له أو من تاريخ الحكم بها قضائياً، ولا يمكنه التنصل من مسؤوليته المدنية.

<sup>602</sup> = ينص الفصل 580 من قانون الالتزامات والعقود على: يلتزم المشتري بتسليم الشيء المباع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد. فإذا سكت العقول عن البيان، ولم يجز بشأنه عرف، التزم المشتري بان يتسلم المبيع فوراً، إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن. وإذا لم يتقدم المشتري بتسليم المبيع، أو إذا تقدم لتسلمه، ولكنه لم يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه، عندما يكون هذا الثمن معجلاً، وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمطل الدائن.

وإذا لزم تسليم الأشياء المباعة على عدة دفعات، فإن عدم تسليم الدفعة الأولى يترتب نفس الآثار التي تترتب عن عدم تسليم الأشياء كلها. كل ذلك ما لم يقع اتفاق بين الطرفين على خلافه.

## المبحث الثاني التزامات المشفوع منه

يترتب عن إلزام الشفيع بمطالبة شريكه الجديد أي المشتري أو المعاوض بالشفعة وحده دون غيره التزام المشفوع منه بتسليم المشفوع وضمانه:

### المطلب الأول: الالتزام بتسليم الملكية

يصبح المشفوع منه ملزماً بنقل الملكية إلى الشفيع على الحالة التي كانت عليها حين التصرف المنشئ لحق الشفعة وتسليمها له بالثمن الوارد في العقد وملحقاته، وبدون ممانعة أو تأخير، ووضعه تحت تصرفه كي يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً.

ويحصل تسليم المشفوع على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء موضوع الشفعة، ويجب أن يتم فوراً بمجرد تثبيت الشفيع حقه قانونياً، اللهم إلا إذا اشترط ميعاداً معيناً في عقد نقل المشفوع إلى المشفوع منه، أو كان هناك عرف يقضي بذلك.

ويتم هذا التسليم وفقاً للقواعد العامة في المكان الموجود فيه العقار المشفوع، فعلى الشفيع أن يسعى إليه وإذا تأخر كان للمشفوع منه أن يطالب بالتعويض عن الضرر.

ولما كان الالتزام بالتسليم متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية وهو التزام بتحقيق غاية، فإن المشتري إذا لم يسلم المشفوع إلى الشفيع، حتى لو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي، يصبح مسؤولاً عن ذلك، ومن ثم تكون تبعه الهلاك أو التلف قبل

التسليم، عليه. وإذا أعذر المشتري الشفيع ليتسلم العقار، فإن هلك المشفوع قبل التسليم الفعلي فإن الضمان عليه لا على المشتري<sup>603</sup>.

### المطلب الثاني: التزام المشفوع منه بالضمان

الضمان في "فقه العقود" إما ضمان استحقاق وإما ضمان عيوب، ويهم الأول ضمان المشفوع وتمكين الشفيع منه بدون منازع، أما الثاني فيهم ضمانه من أي عيب يلحق به ظاهراً أم خفياً.

معلوم أن ينشأ للشريك حق الشفعة بمجرد بيع شريكه حصته، لكن مباشرة الشفيع حقه فور انتقال تلك الحصة إلى المشتري أثار تساؤلاً فقهيًا حول من يتحمل بالضمان للشفيع فوجدت في إجابات الفقهاء الأقوال الآتية:

#### 1- يتحمل البائع بالضمان تجاه الشفيع

يرى ابن أبي ليلى أن المالك الأصلي البائع هو الذي يجب أن يكون مسؤولاً عن ضمان العيوب والاستحقاق تجاه الشفيع إذا تبين عيب في المشفوع أو أنه مستحق للغير، على اعتبار أن الشفعة تعتبر بمثابة نقض للبيع بين المالك الأصلي والمشتري وإنشاء لعقد جديد بين المالك والشفيع.

#### 2- يتحمل كل من يوجد المشفوع بيده عند الشفعة بالضمان تجاه الشفيع

ومعنى قول أبي حنيفة هذا، أن المشفوع إذا كان عند البائع فإنه هو الذي يلزم بالضمان، وإن وجد عند المشتري فإنه يصير مسؤولاً عنه تجاه الشفيع.

#### 3- يتحمل المشفوع منه بالضمان تجاه الشفيع

يذهب الأئمة مالك والشافعي وابن حنبل إلى أن الشفيع لا يمكنه أن يرجع بالضمان إلا على المشفوع منه نفسه لكونه المالك الحقيقي للحصة المشفوعة. بمقتضى ذلك التصرف المنشئ لحق الشفعة، فالمسؤولية تقع على كاهله ككل.

<sup>603</sup> = الدكتور السنهوري 8 ص 742-751

مالك ينقل ملكه بعوض، غير أن المالكية وإن كانوا يرون أن المشفوع منه هو الذي يتحمل بدرك الاستحقاق والعيب تجاه الشفيع كقاعدة عامة<sup>604</sup>، فإنهم يوردون بعض الاستثناءات على هذه القاعدة:

#### أ - حالة أخذ أحد الشركاء أو بعضهم بالشفعة وبعضهم غائب:

يذهب المالكية إلى أن الشفيع إذا أخذ بشفعه بقدر نصيبه بعد أن شفح الحصة المبيعة من الملك المشترك أحد الشركاء أو بعضهم حالة غيابه يخير إذا اكتشف عيبا في المشفوع بين حكيمين:

- 1- أن يرجع على الشفيع الأول مباشرة، لأن منه أخذ نصيبه المشفوع.
- 2- أن يرجع على الشفيع والمشفوع منه كليهما لأن منهما في الحقيقة قد أخذ المشفوع.

#### ب - حالة التقايل:

روي عن الإمام مالك في المسألة قولان:

- 1- يسأل المشفوع منه، أي المشتري المقليل، تجاه الشفيع عن ضمان العيوب والاستحقاق، وهو مذهب المدونة وقول ابن القاسم وهو المعتمد عند المالكية.
- 2- يخير الشفيع بين الرجوع على المشفوع منه أو على البائع، وهو قول أشهب.

3- إذا تنازل الشريك عن حقه في الشفعة للمشتري ثم وقعت الإقالة فإن للشريك أن يمارس حقه تجاه المالك الأصل الذي يكون وحده مسؤولا عن ضمان العيوب والاستحقاق.

أما في القانون المغربي فإن حصر العلاقة بين الشفيع والمشفوع منه الذي انتقلت إليه بعوض حصة أحد الملاك على الشيع يعني أن المشفوع منه المذكور يتحمل بالضمان تجاه الشفيع وليس البائع، لأن البائع لم يعد له دور بعدما

<sup>604</sup> = بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2 ص 248 القاهرة

خرجت الحصة من ملكيته ودخلت في ملكية مالك جديد هو الضامن للعيوب والاستحقاق مع حفظ حقه، طبعاً، بالرجوع على البائع أو المعوض بما رجع به الشفيع عليه.

لازم ما ذكر أن المشفوع منه ملزم بالكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على الشفيع أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها بحسب ما أعد له المشفوع والحالة التي كان عليها وقت البيع، كما يلزم، أيضاً بقوة القانون، بأن يضمن له الاستحقاق الذي يقع ضده والعيوب التي تنقص من قيمة المشفوع نقصاً محسوساً أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته<sup>605</sup>.

<sup>605</sup> = انظر الفصول من 532 إلى 575 من قانون الالتزامات والعقود.



## خاتمة

الشفعة، سنة مؤكدة، من صميم العروبة والإسلام، ونموذج مفيد لخدمة علوم الحديث، ومثال حي لتطور الفقه الإسلامي ومسايرته للظروف وقابليته للمراجعة وإعادة النظر، ومجال خصب للمقارنات الفقهية، وتقنية تجسد، في ضوء القانون المغربي، تطورا هاما في تاريخ الفقه الاسلامي عموما والمغربي خصوصا، ودلالة على تميز القانون المغربي واستقلاله.

وموضوع الشفعة فيه عدة إشكالات نظرية وعملية، ولذلك ثابر العلماء قديما وحديثا، محدثون وفقهاء على إيجاد مفاتيح لكثير منها، واهتموا به اهتماما كبيرا، ودرسوه دراسة وافية بحيث لا يمكن أن تعرض مشكلة إلا ونجد لها حلا أو حلين، وتوسعوا فيه، واستوعبوا كل ما يتعلق به، مما يبين أن الفقه الإسلامي عموما وفقه الشفعة خصوصا مرن ومتجدد ومتطور، ويحمل على الاعتقاد والظن أن البحث فيه سهل ميسر، لأن علماءنا السابقين مهدوه كل مهدد.

والواقع أن التراكم المعرفي الكمي في الموضوع، لا يخلو من غموض ولبس كنتيجة طبيعية لغموض المصدر الذي نبع منه، فتعددت الإتجاهات والمذاهب، وتنوعت الآراء، فساد ضباب أركان هذه النظرية المبنية والمعتمدة على نصوص ظنية قابلة للتأويل والتفسير.

وبالرغم من أن العلماء المسلمين من محدثين وأصوليين وفقهاء قد ثابروا قديما وحديثا على العناية بالموضوع، فإن واقع الشفعة فرض القيام بدراسة نظرية غمضية للشفعة، حاولت الدمج والتنسيق بين الروايات المختلفة والأقوال والآراء المتعددة

المتضاربة حول هوية الشفعة، انطلاقاً من الاختلاف حول لفظها، معناه ودلالاته، ومصطلحها، وخصائصه، إلى الاختلاف حول مصدر الحكم فيها ونطاق تطبيقه وأثره وغايته، وهذا ما استلزم تناول أصول الموضوع وضوابطه.

وإذا كان موضوع الدراسة ومحلها النظرية العامة للحق في الشفعة، ما يعني، أن يكون في إطاره عاماً شاملاً، وعرضاً وتحليلاً للخطوط العريضة وإعطاء لللمحة الدالة، فقد امتد البحث إلى أدق ما كان مغفلاً أو متغافلاً عنه، وتناول المبادئ الأساسية والإطار العام لقواعد الشفعة في إطار العمل الفقهي والقانوني الوضعي، وعنى بتحديد هوية الشفعة قواعدها، ولم يقتصر على تناولها بالشرح والتفسير كظاهرة اجتماعية، أو على دراسة قواعدها وتطبيقها دون اعتبار للزمان والمكان، بل عمد إلى دراستها كما يجب أن تكون، وقارن وحلل وناقش ورفض الأحكام الجاهزة، وقوم وأسس، وبين مدى ملاءمة قواعد الفقه وقواعد القانون للقواعد العامة والأصول الشرعية الإسلامية الدينية.

وهذه الأطروحة، التي اعتمدت في تأطيرها على النصوص الشرعية أصلاً والقانونية تبعاً، لم يكن ممكناً أن تستغني عن مناهج الاستدلال والتمثيل والاستنباط والتعليل، علاوة على مناهج أخرى تطلبها الموضوع تم استحضارها لتعزيز الأحكام في كل موقف من المواقف، كما ليس من المعقول أن تناقش أو تنتقد كل قول أو رأي في هذا المذهب أو ذاك، وإنما اكتفت، في كثير من الأحيان، بعرض الأحكام والنصوص الفقهية بدون تعليق إذا تبين أنها تفي بالغرض بمجرد قراءتها، ولم يفتها استثمار الرصيد المعرفي والتطبيقي، التقليدي والمعاصر، الدائر حول الشفعة، باعتباره غنياً بالتجربة، والانطلاق من الغايات والدعامات الكبرى، واختيارات وتوجهات المشرع المغربي، واعتماد مقارنة شمولية عند تناولها الفصول المتعلقة بالموضوع في علاقتها بمختلف فصول القانون المغربي، ومبدأ التكامل والتنسيق بينها.

والحقيقة أن موضوع الشفعة سهل وبسيط دراسته لو لم يدخل أساسه التعقيد، فأمره كله يكاد لا يتجاوز تحديد قواعد الشفعة وتنسيق أحكامها داخل المنظومة القانونية تنسيقاً، يترتب عنه حتماً ارتباط هذه الأحكام الخاصة بالأحكام العامة لقانون الالتزام والعقود واحتلال نظريتها مكانها المناسب، ويسهل التعامل مع ما تقتضيه من أحكام الفروع.

وأول وأهم مدخل إلى الموضوع البدء من البداية، وبدايتنا بدأت بتفكيك عنوان البحث على اعتباره الإطار العام والدائرة المحيطة بأحكامه، ومرد قواعده، ومرآة تعكس ما تحتزنه مصطلحاته من إشكالات، لتحديد المقصود منها ورسم معالم بارزة لحدود البحث ونطاقه ومداره. وكان تعريف الشفعة أول المفهومات العلمية التي وضحت، لأن وضوحها شرط لوضوح المفهومات الفرعية الأخرى، ولما كان البحث يسعى إلى دراسة الشفعة في القواعد الفقهية كما في القانونية، فقد كان من الضروري تصنيف تعريفات الشفعة تصنيفاً يساعد على فهم اتجاه كل مذهب<sup>606</sup>.

كان لزاماً بعد مقدمة البحث أن تجلوا الإشكالات التي يقتضيها لسان حال الشفعة، وتطرح التساؤلات عن ماهيتها والمصدر الذي نبع منه هذا النظام العجيب الذي تذبذبت في تحديد معالمه العقول ثم عن نطاق إعماله من حيث الأشخاص والأموال والزمان، وعن كيفية المطالبة بها، والحكم فيها، ومدى تحقق التوافق بين تطبيق قواعد الشفعة وبين أحكام العدل. وقد جسدنا موقفنا منها في هذه الدراسة، أقسامها وأبوابها وفصولها وفروعها ومباحثها ومطالبها وأجزائها، ولم يتعد الجواب عن نطاق هذه المسائل الرئيسية الجوهرية صراحة أو ضمناً، منطوقاً أو مفهوماً. غير أننا نعتقد أن من الحكمة الإشارة إلى الملاحظات الآتية:

<sup>606</sup> = للتصنيف أدوار بارزة ومهمة، فهو للوصف والتحليل العلميين مقدمة منطقية، وفي المقارنات والمضاهات أساس لا بد منه، وفي تنقية الأفكار والقضايا والنتائج محور لا يمكن تغافله، ولهذا ذهب بعض فلاسفة العلوم إلى أن التصنيف الدقيق يمثل نصف الطريق إلى الحقيقة.

1- إن المشرع لم يقتصر في استيقاء أحكام الشفعة على مذهب معين، وهو بذلك يفتح أبواب الاجتهاد على مصادر فقهية أخرى للاستفادة منها، وخاصة الفقه الحنفي عن طريق سد الثغرات التي توجد في القانون إذا لم توجد لها حلول في المذهب المالكي، بتبني الحلول التي استنبطها فقهاء المذاهب الأخرى، أو بتعديل بعض آراء فقهاء المذهب إذا تبين أنها أرجح، أو أنها تحقق مصلحة أكبر.

2- إن إقرار المشرع للشفعة لا يعود كما قد يعتقد إلى اعتبارات دينية وتاريخية محضة فقط، وإنما إلى اعتبارات اجتماعية واقتصادية رأى أنها جديرة بالإعتبار، فتجاوز بذلك مفهوم الاشتراك في تحديد مفهوم الشفعة المالكي، واعتمد تقنياتها في مجالات حيوية ذات صبغة خاصة، تعود بالنفع العام.

3- إن تقنية الشفعة تعمل على تقليل الشركاء، وتخارب الأضرار التي تنتج عن دخول الإنسان الأجنبي إلى الملكية المشتركة، أو بالأحرى، تعمل على جلب المصلحة للشركاء، وتحقق الأهداف العامة للشريعة الإسلامية، فضلا عن أنها تتميز بكونها أداة ووسيلة وتقنية، يسعى المشرع المغربي بتقنينها إلى توسيع حصص الشركاء، وتوسيع الملكية العقارية وتقويتها وتمديد مساحتها، وجمع ملكيات صغيرة في ملكيات أكبر، وضم بعضها إلى بعض. ونظام الشفعة، فضلا عن ذلك، يعمل على نشر مبدأ المساواة بين الشركاء في الحقوق والواجبات.

4- إن الشفعة لا تجلب الضرر للمشتري كما يعتقد، لأنه من المفروض في من يشتري حصة من الملك على الشياح قبوله قواعد هذا النظام وارتضاؤه بها، وإذا تعامل على أساسها تحمل ما يترتب عليها من مخاطرة.

5- لا ينبغي أن تطبق أحكام المذهب بمعزل عن أحكام القانون في المسائل والوقائع التي تشملها سيما الأحكام العامة في القانون وأحكامه الشكلية المختلفة حتى لا يحدث شرخ في التطبيق.

6- إن المشرع ورغم أنه لم ينظم الأحكام الفرعية للشفعة، قد نظم الأحكام العامة لها والأحكام العامة للالتزامات ونظم المساطر الشكلية، ولذلك فالعمل

بالقانون في ما فيه نص وبقواعد المذهب المالكي أو غيره في ما لا نص فيه في القانون.

7- لا يلزم الشفيع بأداء المشفوع به قبل الحكم له بالشفعة، وتكليفه بإحضاره قبل ذلك مادام المشفوع منه لم يطلب إحضاره بل حتى وإن طلب ذلك حكم باطل، إذ لا يحق للمحكمة أن تنوب عن المشفوع منه فتحكم له بما لم يطلب، وبالأحرى ما لم يثبت.

8- إن محل تحديد أداء الثمن بأجل ثلاثة أيام هو فيما إذا رفع أمر الشفعة إلى القضاء، إما من طرف المشتري ليأخذ الشفيع أو يترك، وإما من طرف الشفيع ليأخذ الحصة من المشتري، فإن القاضي يلزم الشفيع في كلتا الحالتين بالأخذ فوراً، ويؤجله ثلاثة أيام لا أكثر، لدفع المشفوع به، وإلا سقط حقه سقوطاً نهائياً.

9- لا يلزم الشفيع إلا بما التزم به المشتري تجاه البائع، فإن كان الثمن مؤجلاً أداه كذلك، وإن كان معجلاً أداه حالاً.

10- تنتقل الملكية إلى الشفيع من تاريخ استعماله حقه بطريق قانوني.

11- لا يقبل طلب الشفعة إلا ممن يثبت أنه كان مالكا قبل بيع شريكه.

12- يجوز الأخذ بالشفعة في جزء من الحصص المبعة صفقة واحدة برضى المشفوع منه.

13- إذا باع أحد المشتركين في سهم حقه قسم المشفوع بين المشتركين فيه فقط.

14- إذا باع أحد المشتركين الموصى لهم حقه قسم المشفوع على بقية الموصى فقط.

15- إذا باع أحد الورثة من غير المشتركين في سهم واحد حقه قسم المشفوع على جميع الورثة دون الموصى لهم وباقي المشتركين.

16- قاعدة الشفعة قاعدة قانونية، تتصف بجميع خصائص القواعد القانونية الأخرى المكونة للقانون المدني المغربي، وإن كان مصدرها الشريعة الإسلامية،

ولذلك يجب النظر إليها في ضوء فلسفة ورغبة المشرع المغربي والحكمة التي من أجلها جاء بها الوحي الكريم. فَاسْتَمْسِكْ بِالَّذِي أُوحِيَ إِلَيْكَ إِنَّكَ عَلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ وَإِنَّهُ لَذِكْرٌ لَكَ وَلِقَوْمِكَ وَسَوْفَ تُسْأَلُونَ.

والحمد لله الذي يقضي ولا	يقضى عليه جل وعلا
ثم الصلاة بدوام الأبد	على الرسول المصطفى محمد
وآله والفئة المتبعة	في كل ما سنه وشرعه

وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا.

سبحان الله العظيم.

## المصادر والمراجع

### أولاً: في اللغوية

- أساس البلاغة للزمخشري ط 1 مصر
- أسرار البلاغة في علم البيان دار المطبوعات العربية
- المعجم العربي الأساسي لاروس للمنظمة العربية للتربية والعلوم
- المعجم الوسيط للجواهري الحضارة العربية بيروت
- المنجد في اللغة والإعلام دار الحضارة العربية بيروت لبنان 1986
- المزهر للسيوطي ط مصر
- الصحاح في اللغة والعلوم مصر
- الصحاحي في فقه اللغة ومسائلها وسنن العرب في كلامها لأبن فارس 1963
- البيان والتبيين للجاحظ ط 1 هارون مصر
- الخصائص لابن جني - ت 392 هـ - ط 2 دار المهدي بيروت لبنان
- القاموس المحيط - البستان ط 1992
- العمدة لابن رشيق ط 1 مصر
- الاقتراح في علم أصول النحو للسيوطي تحقيق أحمد محمد قاسم القاهرة 1976
- جدلية الخفاء والتجلي لكمال أبو ديب دار العلم للملايين بيروت
- لسان العرب لابن منظور ط 1 دار صادر بيروت
- معجم الأخطاء الشائعة لمحمد العدناني ط 1 مكتبة لبنان بيروت
- مجمل اللغة لأبي الحسن أحمد بن فارس بن ذكريا الرازي بيروت 1982
- مختار الصحاح للشيخ للإمام محمد بن أبي بكر الرازي ط 1973
- معجم عبد النور المفصل عربي فرنسي
- مغني اللبيب لابن هشام ط 1 مصر
- كتاب سيويه بغداد 1965

- مراتب النحويين تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم القاهرة 1974
- شرح ابن عقيل على ألفية مالك تحقيق محي الدين عبد المجيد القاهرة 1967

### ثانياً: في السنة النبوية الشريفة

- الجامع الصحيح للإمام البخاري المتوفى سنة 256 هـ
- الجامع الصحيح للإمام مسلم -ت 261 هـ
- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير المطبعة العثمانية مصر 1957
- الرسالة المستظرفة لبيان كتب السنة المشرفة لمحمد بن جعفر الكتاني ط 4
- السنن الكبرى للإمام أحمد بن الحسين -ت 458 هـ ط 1 بيروت 1994
- الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني ط 2 مصر
- بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني القاهرة 1347
- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ط 1 مصر
- سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث السجستاني -ت 275 هـ - دار الفكر
- سنن النسائي للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي -ت 303 هـ -
- سنن الترمذي -ت 279 هـ - دار إحياء التراث العربي
- سنن ابن ماجه للإمام محمد بن يزيد -ت 275 هـ - ط 1 مصر
- سنن الدارقطني للإمام علي بن عمر -ت 385 هـ دار المحاسن للطباعة القاهرة
- مسند الإمام أحمد بن حنبل ط 1 مصر
- معالم السنن شرح صحيح أبي داود لأبي سليمان أحمد الخطابي ت 388 هـ
- موطأ للإمام مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي دار النفائس بيروت
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيدي الأخيار للشوكاني
- نصب الرواية للإمام الزيلعي ط 1 مصر
- فقه السنة المجلد الثالث للسيد سابق دار الكتاب العربي ط 1 بيروت 1391
- في سلسلة الأحاديث الضعيفة وأثرها السيء في الأمة للألباني طبعة 3 الأميركية



- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني السعودية
- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي لعبد الرحمان السيوطي طبعة 1 الأميرية
- تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق عثمان بن علي الزيلعي بولاق 1331

### ثالثاً: في الفقه وأصوله

- أصول السرخسي ط 1 دار الكتاب مصر
- أصول التشريع الاسلامي لعلي حسب الله ط1 دار المعارف مصر
- أصول الفقه لمحمد أبي زهرة دار الفكر العربي
- إعلام الموقعين عن أخبار ربي العالمين لابن القيم الجوزية بيروت
- إيضاح الفوائد في شرح إشكاليات القواعد لأبي طالب محمد بن الحسين بيروت
- إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه المالک للبغدادي الدار البيضاء
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول للشوكاني ط2 1327
- البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ط3-1977
- البرق للماع لما في المغني من افتراق وإجماع بيروت لبنان 1992
- العدة في شرح العمدة لابن الهمام الحنبلي مطبعة عصرية 1992
- العناية على الهداية للإمام أكحل الدين البابري القاهرة 1356
- الهداية شرح بداية المبتدئي لأبي بكر المرغيناني مع شرح العناية للبابري مصر
- القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد للشوكاني دار الأرقم بيروت
- المغني لأبي عبد الله بن أحمد بن قدامة المقديسي على مختصر أبي القاسم الخزقي
- المبسوط لشمس الدين السرخسي طبعة السعادة القاهرة 1931
- العدة في أصول الفقه ليعلى محمد بن الحسن الفراء البغدادي 1960 لبنان
- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ومعها مقدمات ابن رشد دار الفكر
- الأدلة الأصلية الأولوية محمد سعيد مراد الغزي بيروت 1919
- الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ط 1 الأميرية بولاق 1331

- الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام للدكتور مهدي فضل الله دار الطليعة للنشر
- الإسلام عقيدة وشريعة محمود شلتوت ط3 دار المعارف مصر
- الإحكام في أصول الأحكام لعلي بن محمد الأمدي دار الآفاق الجديدة
- النوازل الصغرى للمهدي الوزاني - ت1324 هـ - المطبعة الحجرية بفاس
- الفصول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني ط 1327
- المنتقى للإمام أبي البركات عبد السلام ابن تيمية الحراني دار الفكر للطباعة
- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول لجمال الدين بن عبد الرحيم بيروت
- التحرير والتنوير للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور الدار التونسية للنشر 1984
- المستصفي في علم الأصول للإمام أبي حامد محمد الغزالي مكتبة المثنى لبنان
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ط مصر
- إحكام الأحكام على تحفة الحكام للكافي ط 3 دار الفكر
- أصول الفقه العربي علي اللوه ط 2 مطابع الشويخ ديسبريس تطوان 1984
- أصول التفسير وقواعده للشيخ عبد الرحمان العك ط 2 دار النفائس بيروت
- التفرغ لعبيد الله بن الحسين بن الجلاب المصري - ت378 هـ - لبنان
- المحلى للإمام ابن حزم الأندلسي - ت456 هـ - المطبعة المنيرية مصر
- الاحكام لابن حزم نشر شاكر أحمد القاهرة 1345
- الموافقات للإمام أبي اسحاق الشاطبي تحقيق عبد الله دراز دار الرشد الحديثة
- المدخل لدراسة التشريع الإسلامي لعبد الرحمان الصابوني دمشق
- المدخل للفقه الإسلامي محمد يوسف مرسي دار الكتاب الإسلامي
- العقيدة والشريعة في الإسلام لانجس كولدزيهر القاهرة 1946
- الاستحسان في الفقه الإسلامي علاقته بالاستثناء في التشريع لمصطفى شلبي مصر
- الملل والنحل للشهرستاني أبي الفتح عبد الكريم بن أبي بكر أحمد محمد
- الاجتهاد والمنطق الفقهي في الإسلام للدكتور مهدي فضل الله دار الطليعة
- المعاملات في الشريعة الإسلامية على مذهب أبي حنيفة لأبي الفتح ط 2 الأميرية

- بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي بيروت
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين الكاساني 1323
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط 1 المطبعة العربية القاهرة
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل القاهرة
- جمع الجوامع في شرح المحلى لجمال الدسوقي وتاج الدين السبكي أحياء العلوم
- جني الآس في شرح نظم عمل فاس لعبد الصمد كنون مطبعة الشرف
- حاشية بناني - ت 1194 هـ - على الزرقاني على مختص خليل ط 2 الأميرية
- حاشية الرهوني على على شرح الزرقاني ط 1 بمصر 1306
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير دار احياء الكتب العربية
- حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي بنسودة للامية الزقاق فاس 1341
- حاشية الشيخ عبد الله حجازي بن إبراهيم الشافعي الأزهرى الشهير بالشرقاوي
- حاشية ابن عابدين على الدر المختار ط 1 بولاق مصر
- حجة الله البالغة للإمام الدهلوي دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت
- حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق للشيخ الرهوني تطوان 1346 هـ
- طبقات علماء أفريقية للدكتور علي الشابي الدار التونسية للنشر 1986
- كتاب الفروع للإمام أبي عبد الله محمد بن صالح المقدسي عالم الكتاب
- لوامع البينات شرح أسماء الله تعالى والصفات الطبعة 1 سنة 1984 بيروت
- مجمع الأهرني شرح ملتقى الأبحر لدماد أفندي إحياء التراث العربي
- مقدمات ابن رشد ط 1 دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان
- مواهب الجليل بشرح مختصر خليل محمد بن محمد الرعيبي بالحطاب ليبيا
- مصادر الشريعة الإسلامية مقارنة بالمصادر الدستورية للمستشار علي 1970
- مراتب الإجماع لابن حزم الأندلسي الظاهري طبعة 2 بيروت 1980
- مختصر خليل للشيخ خليل بن إسحاق 1981 القاهرة
- متن الرسالة تأليف أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمان القيرواني

- نظرية المقاصد عند الشاطبي للرسوي النجاح الجديدة الدار البيضاء 1991
- نيل الأوطار للإمام الشوكاني دار الفكر بيروت 1976
- فقه النوازل في سوس للدكتور حسن العبادي كلية الشريعة أكادير
- فتح العزيز في شرح الوجيز لعبد الكريم محمد الراجحي - ت 623 هـ -
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه للإمام ابن عبد الشكور
- شرح كتر الدقائق للإمام عثمان بن علي الزيلعي المطبعة الاميرية بولاق 1314
- شرح الزرقاني على مختصر خليل بهامش حاشية محمد البناي بيروت 1978
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك دار الفكر 1990
- شرح ميارة على التحفة بهامشه حاشية المعداني دار الفكر
- الشرح الكبير على مختصر خليل لأحمد الدردير دار الفكر
- شرح الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي ط 1 مصر 1308
- شرح الناودي على هامش البهجة في شرح التحفة للتسولي بيروت 1977
- شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري لجعفر بن أبي زكرياء بن سعيد لبنان
- شرح حدود أبي عبد الله بن عرفة - ت 803 هـ - محمد بالرصاع
- ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض تحقيق محمد بن تاويت 1983
- تاريخ التشريع الإسلامي للدكتور عبد الحليم النوري إزييس البيضاء 1979
- تحفة الفقهاء علاء الدين السمرقندي ت 539 هـ طبعة دار الفكر
- المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقيا والأندلس والمغرب لأبي
- العباس أحمد بن يحيى - الونشريسي - ت 914 هـ - وزارة الأوقاف 1981

#### رابعاً: في المراجع القانونية

- أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن للدكتور بن معجوز
- أحكام الشفعة والصفقة لسليمان الحمزاوي جمعية تنمية البحوث القضائية
- آثار ممارسة الشفعة لمصطفى الإدريسي جامعة الحسن الثاني البيضاء 1991

- أصول القانون للدكتور إدريس العلوي العبدلاوي الطبعة الأولى 1972
- أصول القانون المدني العقود المسماة للدكتور محيي الدين مطبعة الساحل الرباط
- الهبة في المذهب والقانون للدكتور عبد الرحمان بلعكيد الطبعة الأولى 1997
- الشفعة في ضوء أحدث الآراء والصيغ القانونية لمصطفى مجدي هرجة 1986
- الشفعة في الفقه المالكي والتشريع المغربي لمحمد المحجوبي ط 1 دمشق 1993
- التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية لمأمون الكزبري 1987
- الحقوق العينية الأصلية شرح القانون المدني الجديد لمحمد كامل مرسي القاهرة
- الحقوق العينية الأصلية للدكتور محمد علي عمران طبعة 1979
- الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة طبعة 1992
- الحقوق العينية الأصلية للدكتور محمد جمال الدين زكي طبعة 1978
- الموجز في الحقوق العينية الأصلية للدكتور لبيب شنب طبعة 1972
- المرجع في اجتهادات المجلس الأعلى لإبراهيم زعيم مطبعة الساحل 1984
- الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري 1967
- المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية لأحمد أبي الفتوح ط 2
- القانون الروماني والشريعة الإسلامية لزهدى يكن دار النهضة العربية مصر
- التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية لمأمون الكزبري 1987
- القانون الروماني والشريعة الإسلامية للدكتور زهدى يكن القاهرة
- وثيقة البيع بين النظر والعمل للدكتور عبد الرحمان بلعكيد الطبعة 1993
- نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن حق الملكية لمصطفى جمال الدار الجامعية
- عقد البيع في قانون الالتزامات للدكتور أحمد شيلح جامعة محمد بن عبد الله
- شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية للدكتور عبد المنعم البدر اوي ط 2
- تاريخ القوانين ومراحل التشريع للدكتور محمد علي جعفر بيروت 1986
- تاريخ التشريع الإسلامي وأحكام الملكية عبد العظيم شرف لدين بنغازي
- القانون العقاري المغربي الأستاذ بول دو كرو الطبعة الثانية 1963

## خامسا: في الفكر الإسلامي والتاريخ

- إحياء علوم الدين أبي حامد محمد بن محمد الغزالي الجزء الأول بيروت
- اغتيال العقل العربي لبرهان غليون مجلة الثقافة العربية بين السلفية والتبعية ط2
- الإصلاح والمجتمع المغربي خلال القرن التاسع عشر ندوة كلية الآداب الرباط
- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب عمر الجيدي
- الإنصاف في أسباب الاختلاف لولي الله الدهلوي دار النفائس 1984
- الإسلام لهنري ماسي ترجمة بهيج شعبان بيروت منشورات عويدات 1960
- الإسلام لدومنيك سورديل ترجمة خليل الجر المنشورات العربية
- الإسلاميات بين كتابات المستشرقين والباحثين الطبعة 3 بيروت 1975
- المغرب في العهد العزيمي إلى 1912 ندوة المحمدية 1987
- المستشرقون والإسلام ابراهيم اللبان مجمع البحوث الإسلامية القاهرة 1390
- المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار عبد الرحيم بن الحسين العراقي الجزء الثاني دار القلم بيروت لبنان
- التيارات السياسية والفكرية بالمغرب خلال قرنين ونصف قبل الحماية حركات
- الفكر المغربي المعاصر في القرن 19 لمحمد ازنيير كلية الآداب بالرباط
- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي الثعالبي المدينة المنورة 1396
- الفرق الإسلامية في الشمال الإفريقي ترجمة عبد الرحمان بدوي دار ليبيا 1969
- الفصل في الملل والأهواء والنحل لابن حزم الأندلسي دارالطليعة بيروت
- الرد على المنطقيين للإمام ابن تيمية ط بومباي 1947
- النظم الإسلامية في المغرب في القرون الوسطى أمين توفيق الطيبي تونس 1980
- التفسير والتأويل في العلم كلية الآداب بالرباط ندوات رقم 62
- التاريخ السياسي للدول العربية لعبد المنعم ماجد ط 3 القاهرة 1965
- تاريخ التأريخ الإسلامي روزنطال ليدن 1952

- دراسات في حضارة الإسلام هاملتون جب دار العلم للملايين بيروت 1979
- مناظرات في أصول الشريعة بين ابن حزم والباحي دار الغرب الاسلامي بيروت
- مناهج البحث عند مفكري الإسلام واكتشاف المنهج العلمي في العالم الإسلامي
- منهج البحث في العلوم الإسلامية للدكتور أحمد الدسوقي دار الأوزاعي 1984
- مناهج الاجتهاد في الإسلام للأستاذ محمد سلام مذكور الكويت 1977
- مناهج البحث عند مفكري الإسلام علي سامي النشار دار المعارف 1978
- صون المنطق والكلام عن فني المنطق والكلام 1947 تحقيق علي سامي النشار
- موم الاستشراق والمستشرقين في العلوم الإسلامية لأنور الجندي القاهرة 1984
- حضارة الإسلام لجستاف جرونيباوم القاهرة 1956
- النظم الإسلامية ص28 لغو دوفروا دار النشر للجامعيين بيروت 1961
- فجر الإسلام أحمد أمين مكتبة النهضة القاهرة 1955
- شبهات التغريب في غزو الفكر الإسلامي أنور الجندي طبعة 1398 دمشق
- مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي فرانتز روزنطال بيروت 1961
- الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري للدكتور عبد  
المجيد محمود عبد المجيد طبعة 1979

#### سادسا: المجالات

- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1: 1966 - 1982
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 2: 1983-1991
- مجلة كلية الشريعة العدد 15 يونيه 1984-1985
- مجلة تاريخ المغرب العدد الثالث يونيو 1983
- مجلة قضاء المجلس الأعلى
- مجلة القانون واقتصاد التنمية عدد 6-1990
- مجلة القانون واقتصاد التنمية عدد 7

-مجلة كلية الآداب بالرباط عدد 8

-مجلة القضاء والقانون

-مجلة المحاكم المغربية

-مجلة المحاماة

-مجلة رسالة المحاماة

-مجلة رابطة القضاة

-Ch Andre julien le Maroc face aux impérialisme Ed jeune Afrique 1978 p 549

-Les Hansala examen critique du Role historique d une famille maraboutique  
Paris la haye 1972 p 68

-Jl Miège, le Maroc et l europe Paris 1962 T II Pp 382-384

-C Penz, les captifs français au Maroc 1944

-H Koehler les captifs chérifiens à MEKNES Hespéris 1928 T II P 178

-J H D Hay le Maroc et ses tribus nomades 1844, p 15



3	تقديم
5	تمهيد
5	أولاً: الأحكام العامة
6	ثانياً: تعريف الشفعة
6	أ- في اللغة
7	ب- في الاصطلاح
7	1- في الفقه الإسلامي
7	الصنف الأول من التعريفات
8	الصنف الثاني من التعريفات
9	الصنف الثالث من التعريفات
11	2 - في القانون
13	القسم الأول ماهية الشفعة
15	الباب الأول: مصدر وطبيعة الشفعة
16	الفصل الأول: مصدر الشفعة
17	الفرع الأول: المصدر التاريخي
18	المبحث الأول: الشرائع والقوانين والنظم القديمة
18	المطلب الأول: الشرائع والقوانين القديمة
18	أولاً: الشريعة العبرية
20	ثانياً: القانون الروماني
22	المطلب الثاني: النظم العربية القديمة
22	1- القرآن الكريم سند لعروبة الشفعة

- 2- الأخبار المأثورة عن النبي دليل على وجود الشفعة عند العرب..... 24
- المبحث الثاني: المصدر الإسلامي..... 26
- المطلب الأول: السُّنة النَّبوية ..... 27
- أولاً: عرضها..... 29
- التصنيف الأول ..... 29
- التصنيف الثاني ..... 35
- ثانياً: قراءتها..... 42
- النسق الأول ..... 46
- أ- نظام الشفعة ..... 46
- تعدد روايات خبر واحد ..... 46
- 2- غموض معنى الأخبار وخفاؤه ..... 48
- النقطة الأولى: خبر أبي سلمة..... 44
- النقطة الثانية: خبر عبد الملك بن أبي سليمان العزمي..... 49
- المحور..... 49
- التعليق ..... 49
- النقطة الثالثة: خبر جابر ..... 55
- النقطة الرابعة: حديث ابن عباس ..... 58
- ب- نظام الصقب..... 61
- النسق الثاني: ألفاظ منكورة في الشفعة..... 64
- المطلب الثاني: الفقه الإسلامي ..... 68
- الفقرة الأولى: أساس الشفعة..... 71
- أ - تشريع الشفعة خلاف للأصل و خروج عن القياس ..... 72
- 1- الشفعة خلاف الأصل ..... 72
- 2 - الشفعة خروج عن القياس..... 73
- ب- الشفعة تنظيم للشركة ..... 74

- 79.....الفقرة الثانية: الأحكام المستنبطة
- 80.....أولاً: الاختلاف حول صاحبها
- 80 ..... القراءة الأولى
- 81 ..... القراءة الثانية
- 81..... القراءة الثالثة
- 82 ..... ثانياً: الاختلاف حول موضوعها
- 82.....المذهب الأول
- 82.....الاتجاه الأول
- 83 .....الاتجاه الثاني
- 83 .....الاتجاه الثالث
- 83 .....أولاً: العقار بالطبيعة
- 83.....أ- العقار المنقسم
- 84 .....ب- العقار غير القابل للقسمة
- 85 .....ج- الثمار
- 87 .....د- الزرع
- 87 .....ثانياً: العقار بالتخصيص
- 87.....أ- بالنسبة للعقار
- 87.....1- إذا كان العقار المخدوم ما يزال مشتركاً
- 88.....2- إذا كان العقار المتبوع قد قسم وبقي العقار التابع مشتركاً
- 88.....ب- بالنسبة للمنقول
- 89.....ثالثاً: الحقوق الملازمة للعقار
- 89.....أ- الكراء
- 89.....1- الكراء العادي
- 99.....2- الكراء الطويل

91	ب- الرهن .....
92	المذهب الثاني.....
94	الفرع الثاني المصدر القانوني.....
98	المبحث الأول مضمون أحكام الشفعة .....
99	المطلب الأول: أحكام قانون الالتزامات المخالفة لأحكام المذهب.....
99	المطلب الثاني: أحكام القانون العقاري المخالفة لأحكام المذهب.....
102	المبحث الثاني تطبيق أحكام الشفعة .....
102	المطلب الأول: المبررات التاريخية .....
104	المطلب الثاني: المبررات القانونية .....
109	الفصل الثاني: طبيعة الشفعة .....
111	الفرع الأول حقيقة الشفعة .....
112	المبحث الأول التكييف الفقهي .....
112	المطلب الأول: الأوصاف الذاتية .....
112	أولاً: الشفعة أخذ .....
113	ثانياً: الشفعة استحقاق .....
113	ثالثاً: الشفعة رغبة ومشئمة .....
114	المطلب الثاني: الأوصاف الموضوعية .....
116	المبحث الثاني التكييف القانوني.....
116	المطلب الأول: الاتجاه المادي.....
116	أولاً: الشفعة مركز قانوني.....
117	ثانياً: الشفعة شراء جديد .....
118	ثالثاً: الشفعة نوع من الحلول .....
119	المطلب الثاني: الاتجاه الحقوقي.....

- أولاً: حق الشفعة حق عيني أصلي ..... 120
- ثانياً: حق الشفعة حق شخصي ..... 120
- ثالثاً: حق الشفعة حق شخصي عيني ..... 121
- الفرع الثاني مميزات الشفعة وخصائص الحق فيها ..... 124
- المبحث الأول مميزات الشفعة ..... 125
- المطلب الأول: الشفعة أداة للمحافظة... وتوسيع الملكية العقارية ..... 125
- أولاً: المحافظة على وحدة الملكية ..... 125
- ثانياً: توسيع الملكية العقارية ..... 126
- المطلب الثاني: الشفعة وسيلة لجلب المصلحة ..... 127
- أولاً: المنافع الاجتماعية ..... 128
- ثانياً: المنافع الاقتصادية ..... 129
- أ- المنافع الخاصة ..... 129
- ب - المنافع العامة ..... 130
- المبحث الثاني: خصائص الحق في الشفعة ..... 132
- المطلب الأول: قابلية حق الشفعة للإسقاط والتوارث ..... 132
- الفقرة الأولى: قابلية حق الشفعة للإسقاط ..... 132
- النقطة الأولى: أشكال الإسقاط ..... 132
- أولاً: الإسقاط بالأصلالة ..... 132
- ثانياً: الإسقاط بالنيابة ..... 132
- أ - النيابة الاتفاقية ..... 132
- ب- النيابة الشرعية ..... 133
- 1 - حكم النيابة الشرعية ..... 133
- 2- إسقاط الحاجر شفعة محجوره ..... 134
- النقطة الثانية : زمان ممارسته ..... 135

- أولاً: إسقاط حق الشفعة قبل التصرف المنشئ له ..... 135
- ثانياً: إسقاط حق الشفعة بعد التصرف المنشئ له..... 136
- الفقرة الثانية: قابلية حق الشفعة للانتقال بالتوارث..... 137
- المطلب الثاني: عدم قابلية حق الشفعة للتجزئة ..... 138
- الباب الثاني: نطاق الشفعة..... 142
- الفصل الأول: نطاق الأشخاص ..... 143
- الفرع الأول الشفيع ..... 144
- المبحث الأول شخصية الشفيع..... 146
- المطلب الأول: الشفيع شخص طبيعي ..... 146
- المطلب الثاني: الشفيع شخص معنوي..... 147
- المبحث الثاني تراحم الشفعاء ..... 150
- المطلب الأول: قواعد توزيع المشفوع..... 150
- الفقرة الأولى: قاعدة التساوي ..... 150
- الفقرة الثانية: قاعدة النسبية ..... 151
- المطلب الثاني: حق الأولوية في ممارسة الشفعة ..... 152
- الفقرة الأولى: مبادئ تطبيق قاعدة الأولوية ..... 152
- أولاً: الشركاء يستحقون جميعاً الشفعة ..... 153
- ثانياً: الشريك الأخص يقدم على الشريك الأعم..... 153
- الفقرة الثانية: تطبيق حق الأولوية في المذهب المالكي ..... 154
- أولاً: مراتب الشفعاء وقواعد تطبيق حق الأولوية ..... 154
- أ- مراتب الشفعاء ..... 154
- المرتبة الأولى: الشركاء من النوع الأخص مع البائع في فرض ..... 154
- المرتبة الثانية: الوارث في المشفوع الذي ورث فيه البائع..... 155

- 155..... المرتبة الثالثة: الشركاء بالمعنى العام البعيد
- 156..... المرتبة الرابعة: الشركاء بالمعنى الأعم
- 156 ..... ب - قواعد تطبيق حق الأولوية
- 158..... ثانيا: الشفعة بين مالك الرقبة ومالك الحق العيني
- 161 ..... الفرع الثاني المشفوع منه
- 162 ..... المبحث الأول المشفوع منه في قواعد الفقه
- 162..... المطلب الأول: المشفوع منه أجنبي
- 162 ..... المطلب الثاني: المشفوع منه شريك وغير شريك
- 164 ..... المبحث الثاني المشفوع منه في القواعد القانونية
- 164..... المطلب الأول: المشفوع منه في القانون المغربي
- 164 ..... أولا: في ظهير 13 غشت 1913 المنظم للالتزامات و العقود ...
- 165..... ثانيا: في ظهير 2 يونيو 1915 الخاص بالعقار المحفظ
- 166 ..... المطلب الثاني: المشفوع منه في القوانين المقارنة
- 168..... الفصل الثاني: نطاق الأموال
- 169 ..... الفرع الثاني المشفوع
- 170..... المبحث الأول الحصاة من الشيء على الشياخ
- 170..... المطلب الأول: الحصاة من العقار
- 171..... أولا: الحصاة من العقار بالطبيعة
- 171..... 1- الأرض
- 171..... 2- المباني
- 171..... 3- النباتات والثمار
- 172..... ثانيا: الحصاة من العقار بالتخصيص
- 173..... المطلب الثاني: الحصاة من المنقول

- 175 ..... المبحث الثاني الحصة من الحق على الشيع
- 175.....المطلب الأول: الحصة من الحقوق العينية
- 177.....أولا: الشفعة في حق الانتفاع بالعقار
- 178.....ثانيا: الشفعة في الأحباس
- 179.....ثالثا: الكراء الطويل الأمد
- 180.....رابعا: الشفعة في حق السطحية
- 180.....خامسا: الشفعة في الرهن الحيازي
- 181.....سادسا: الشفعة في حقوق المنفعة
- 181 ..... 1 - حق الجلسة والجزاء
- 182.....2- حق الزينة
- 183.....3 - حق الهواء
- 184.....المطلب الثاني: الحصة من الحقوق المعنوية
- 187.....الفرع الثاني المشفوع به
- 190 .....المبحث الأول عناصر وجدية الثمن
- 190.....المطلب الأول: عناصر الثمن
- 190 ..... الفقرة الأولى: الثمن الأصلي
- 190.....أولا: الثمن النقدي
- 191.....ثانيا: الثمن القيمي
- 192.....الفقرة الثانية: المصروفات الضرورية والنافعة
- 192.....أولا: المصروفات الضرورية
- 192.....ثانيا: المصروفات النافعة
- 192.....1 - المصروفات اللازمة لإدارة العقار واستغلاله
- 193.....2- قيمة التحسينات التي أدخلها المشفوع منه على المشفوع
- 194.....المطلب الثاني: جدية الثمن



- 195 ..... المبحث الثاني أوصاف الثمن
- 195..... المطلب الأول: الثمن معجل
- 196..... المطلب الثاني: الثمن مؤجل
- 199..... القسم الثاني: ممارسة الشفعة
- 200..... الباب الأول: نشوء الحق في الشفعة.
- 201..... الفصل الأول: الاشتراك
- 202..... الفرع الأول مفهوم الاشتراك
- 203 ..... المبحث الأول الاشتراك على الشيعاء
- 204..... المطلب الثاني: الشركة بمساحة
- 204..... أولا: الشركة بمساحة معينة
- 205..... ثانيا: الشركة بمساحة غير معينة
- 206..... المطلب الثاني: الشركة في الجدران والحفر ومجاري الأنهار الجافة
- 206..... أولا: الجدران و الحفر المشتركة
- 207..... ثانيا: مجاري الأنهار الجافة
- 210 ..... المبحث الثاني الملكية المشتركة للعقارات المبنية
- 210..... المطلب الأول: تحديدها
- 210..... أولا: تعريفها
- 211..... ثانيا: تاريخها و تطورها
- 212 ... المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون من الشفعة الطبقات
- 212..... أولا: موقف الفقه الإسلامي
- 214 ..... ثانيا: موقف المشرع المغربي
- 218 ..... الفرع الثاني ثبوت ملكية المشترك
- 219..... المبحث الأول ملكية الشفيع

- 219.....المطلب الأول: الملكية التامة.
- 220.....المطلب الثاني: الملكية الناقصة.
- 220.....أولاً: الملكية والشرط الصحيح الفاسخ.
- 221.....ثانياً: الملكية والشرط الواقف.
- 221.....ثالثاً: الملكية بسند باطل أو قابل للإبطال.
- 222.....المبحث الثاني ثبات وحيازة الملكية.
- 222.....المطلب الأول: ثبات ملكية الشفيع.
- 222.....أولاً: وجوب ثبات ملكية الشفيع حال البيع فقط.
- 223.....ثانياً: وجوب ثبات ملكية الشفيع إلى الاستشفاع.
- 224.....المطلب الثاني: حيازة الحصاة المشفوع بها.
- 229.....الفصل الثاني: انتقال حصاة من الملك على الشفيع.
- 231.....الفرع الأول انتقال الملكية بعوض نقدي.
- 233.....المبحث الأول البيع.
- 235.....المطلب الأول: البيع النافذ.
- 236.....المطلب الثاني: البيع الموصوف.
- 236.....أولاً: البيع المشروط.
- 236.....ثانياً: البيع المؤجل.
- 238.....المبحث الثاني أنواع خاصة من البيوع.
- 238.....المطلب الأول: بيع الثنيا أو البيع مع منح البائع إمكانية الاسترداد.
- 241.....المطلب الثاني: البيع مع منح حق الرجوع فيه للبائع أو المشتري.
- 241.....أولاً: بيع الخيار.
- 242.....1- إذا كان الخيار للبائع.
- 242.....2- إذا كان الخيار.

- 242..... ثانيا: الإقالة
- 247 ..... الفرع الثاني: انتقال الحصة بغير النقود
- 248 ..... المبحث الثاني المعاوضة
- 248..... المطلب الأول: تأصيلها
- 249..... المطلب الثاني: بعض صور المعاوضة
- 249..... أولا: المناقلة
- 249 ..... أ- أن يكون المعاوض له شريكا في العقار المعاوض به.
- 250..... ب- أن يكون المعاوض له غير شريك في العقار المعاوض به
- 250 ..... ثانيا: المغارسة
- 251..... ثالثا: الصلح
- 252..... رابعا: الوفاء بمقابل
- 252 ..... خامسا: تقديم الحصة مهرا في عقد الزواج وما يشبهه
- 254..... سادسا: هبة الثواب
- 256..... المبحث الثاني التبرعات
- 256..... المطلب الأول: الأحكام الفقهية
- 256..... أولا: لا شفعة بالتبرعات
- 257..... 1 - الهبة
- 257 ..... 2 - العمرى
- 258 ..... 3- النحلة
- 258..... 4- الحبس
- 258 ..... 5- الوصية
- 259 ..... ثانيا: تثبت الشفعة في التبرعات.
- 259 ..... المطلب الثاني: تكيف الشفعة بالتبرعات

- 262 ..... الباب الثاني: تثبيت حق الشفعة
- 263 ..... الفصل الأول: المطالبة بالشفعة
- 264..... الفرع الأول أجل ممارسة حق الشفعة
- 265..... المبحث الأول طبيعة أجل حق الشفعة
- 267 ..... المطلب الأول: تأقيت حق الشفعة وأساسه
- 267 ..... أولا: أصل تأقيت حق في الشفعة
- 267 ..... أ- الاتجاه القائل بفورية طلب الشفعة
- 267..... ب- الاتجاه القائل بالتوسعة في طلب الشفعة
- 268 ..... 1- حالة حضور الشريك مجلس العقد المنشيء لحق الشفعة
- 268 ..... 2- حالة غياب الشريك عن مجلس العقد المنشيء لحق الشفعة
- 269 ..... 3- حالة طلب المشفوع منه الشفيع... طلب الشفيع أجلا
- 269 ..... - أن يكون الشريك مكرها
- 269 ..... - أن يكون الشريك صغيرا
- 270..... - أن يكون الشريك غائبا
- 270..... ثانيا: أساس تأقيت حق الشفعة
- 271..... المطلب الثاني: مدد أجل الشفعة
- 271..... أولا: مدة السقوط
- 272..... أ - أجل الثلاثة أيام في الفصل 974 قانون الالتزامات والعقود
- 273 ..... ب- أجل الثلاثة أيام في الفصل 31 ظهير 1915
- 274 ..... 1- تقييد الشراء
- 276 ..... 2- تبليغ تقييد الشراء إلى الشفيع
- 276..... - أن يكون التبليغ مكتوبا ومؤرخا
- 276 ..... - أن يكون التبليغ مبلغا بطرق رسمية
- 277..... - أن يصدر التبليغ من المشتري

- 277 ..... ثانيا: مدد تقادم حق الشفعة
- 277 ..... أ - أجل الشهرين
- 279 ..... ب - أجل سنة
- 281 ..... المبحث الثاني تقادم حق الشفعة
- 281 ..... المطلب الأول: سريان تقادم حق الشفعة
- 281 ..... الفقرة الأولى: بدء مدة تقادم حق الشفعة وكيفية حسابها
- 281 ..... أولا: بدء سريان مدته
- 281 ..... ثانيا: كيفية حساب مدته
- 282 ..... 1- حساب مدة التقادم يجري بالأيام الكاملة
- 282 ..... 2- حساب مدة التقادم بالتقويم الميلادي
- 282 ..... 3- انقضاء مدة تقادم حق الشفعة بانتهاء اليوم الأخير من الأجل
- 283 ..... الفقرة الثانية: وقف وقطع تقادم حق الشفعة
- 283 ..... أولا: وقف تقادم حق الشفيع
- 283 ..... 1- أسباب وقف تقادم الحق في الشفعة المتعلقة بالشفيع
- 283 ..... - إذا كان أحد الزوجين شفيعا والآخر مشفوعا منه
- 283 ..... - إذا كان بين الشفيع والمشفوع منه علاقة الأبوة أو البنوة أو الأمومة
- 283 ..... - إذا كان الشفيع قاصرا مهملًا
- 284 ..... - إذا كان الشفيع غائبا
- 284 ..... 2- أسباب وقف التقادم الراجعة إلى ظروف مستحيلة
- 285 ..... ثانيا: قطع تقادم حق الشفيع
- 285 ..... أ- أسباب قطع التقادم الصادرة عن الشفيع
- 285 ..... 1- المطالبة القضائية
- 286 ..... 2- المطالبة غير القضائية
- 287 ..... ب - أسباب قطع تقادم حق الشفعة الصادرة عن المشفوع منه

- المطلب الثاني: إعمال التقادم ..... 288
- 1 - يلزم المشفوع منه أو ورثته التمسك بتقادم حق الشفيع.....288
- 2 - لا يجوز للقاضي إثارة تقادم حق الشفيع من تلقاء نفسه ..... 288
- 3 - يجوز التمسك بتقادم حق الشفيع في جميع مراحل الدعوى ..... 288
- الفرع الثاني دعوى الشفعة ..... 289
- المبحث الأول شروط قبول دعوى الشفعة ..... 290
- المطلب الأول: طلب الأخذ بالشفعة ..... 290
- الفقرة الأولى: إبداء الرغبة في الأخ بالشفعة ..... 291
- أولاً: مسطرته ..... 291
- أ - تبليغ الرغبة في الاستشفاع إلى المشفوع منه ..... 291
- ب - العرض العيني الحقيقي للمشفوع به ..... 292
- ثانياً: سنده ..... 292
- أ - الأحكام القضائية ..... 293
- 1- إيداع الثمن داخل أجل ركن أساسي لممارسة حق الشفعة ..... 293
- 2- تصح دعوى الشفعة باللجوء مباشرة إلى القضاء ..... 294
- ب - الأحكام الفقهية أو الخلفية التاريخية ..... 295
- الفقرة الثانية: رفع دعوى الشفعة..... 299
- أولاً: أن يشتمل المقال على الأوصاف الشخصية والموضوعية ..... 299
- 1- الأوصاف الشخصية ..... 299
- 2- الأوصاف الموضوعية ..... 300
- ثانياً: أن يرفق المقال بما يبين شركة الشفيع ونقل الحصة بعوض ..... 300
- أ- تبيان الشفيع ملكيته على الشيع ..... 300
- ب- تبيان انتقال الحصة المشفوعة بعوض إلى المشفوع منه ..... 301
- المطلب الثاني: الأطراف ..... 301

- أولاً: المدعي ..... 302
- ثانياً: المدعى عليه ..... 304
- أ - توالي بيوع الحصّة ..... 305
- ب - تعدد المشفوع منه ..... 307
- ج - غيبة المشفوع منه ..... 308
- المبحث الثاني المنازعات والحكم بالشفعة ..... 309
- المطلب الأول: المنازعات ..... 309
- أولاً: النزاع حول التصرف الناقل للملكية ..... 309
- أ - الاختلاف حول البيع ..... 309
- 1 - إنكار المشفوع منه البيع ..... 309
- 2 - إثبات الشفيع الصورية ..... 311
- النقطة الأولى: بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام ..... 312
- النقطة الثانية: بالنسبة للشفيع ..... 312
- ب - الاختلاف حول الثمن ..... 313
- 1 - ثمن الحصّة محدد ومكتوب في عقد البيع ..... 313
- 2 - انعدام الحجة على ما يدعى من الثمن ..... 313
- 3 - الثمنان أحدهما أقل من الثمن العادي والآخر أكثر منه ..... 314
- 4 - ادعاء المشفوع منه نسيان الثمن ..... 314
- ثانياً: النزاع حول علم الشفيع بالتصرف الناقل للحصّة ..... 315
- ثالثاً: النزاع حول انقضاء الأجل ..... 316
- رابعاً: ادعاء أو إثبات القسمة ..... 317
- خامساً: ادعاء أو إثبات التنازل ..... 318
- المطلب الثاني: الحكم بالشفعة ..... 320
- أولاً: الحكم بالشفعة منشئ للملكية المشفوع ..... 320

- ثانيا: الحكم بالشفعة كاشف لحق الشفعة ..... 321
- الفصل الثاني: آثار ممارسة الشفعة..... 322
- الفرع الأول انتقال ملكية المشفوع إلى الشفيع ..... 323
- المبحث الأول وقت انتقال ملكية المشفوع إلى الشفيع..... 324
- المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية ..... 324
- المطلب الثاني: الاتجاهات القانونية ..... 326
- المبحث الثاني التصرفات الجارية على المشفوع..... 327
- المطلب الأول: تصرفات المشفوع منه في المشفوع قبل طلب الشفعة..... 327
- المطلب الثاني: تصرفات المشفوع منه في الحصة بعد طلب شفعتها..... 328
- الفرع الثاني التزامات الشفيع والمشفوع منه ..... 330
- المبحث الأول التزامات الشفيع ..... 331
- المطلب الأول: الالتزام بتعويض المشفوع منه..... 331
- أولاً: إذا لم يكن الباني أو الغارس يعلم أن له شفيعاً..... 332
- ثانياً: إذا كان المشفوع منه يعلم حين تصرفه أن له شفيعاً..... 332
- المطلب الثاني: الالتزام بتسليم الملكية ..... 332
- المبحث الثاني التزامات المشفوع منه ..... 334
- المطلب الأول: الالتزام بتسليم الملكية ..... 334
- المطلب الثاني: التزام المشفوع منه بالضمان..... 335
- 1- يتحمل البائع بالضمان تجاه الشفيع..... 335
- 2- يتحمل كل من يوجد المشفوع بيده بالضمان تجاه الشفيع ..... 335
- 3- يتحمل المشفوع منه بالضمان تجاه الشفيع..... 335
- أ- حالة أخذ أحد الشركاء أو بعضهم بالشفعة وبعضهم غائب..... 336
- ب - حالة التقايل ..... 336



338	.....خاتمة
345	.....المصادر والمراجع
355	.....الفهرست