

المحترزات الشرعية والقانونية للمطالبة بالشفعة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الليبي

د. عبد الله البيصاص
كلية الآداب - جامعة الفاتح

مقدمة :

نظرا لأهمية المسار الإجرائي للشفعة وهي تتصدر قمة فقه المعاملات في أحكام الشريعة الإسلامية والقانون ولما لها من خطورة وتأثير على مصالح الأفراد هذا من جهة ومن جهة أخرى ركونا إلى التداخل في أحكام الشفعة وطرق استئنافها فقد قمنا بإعداد هذا البحث المتواضع والذي ينصب على المسار الإجرائي للشفعة فقط دون الامتداد إلى أحكام الشفعة بمفهومها العام وبالتالي فإن دائرة البحث هي دائرة عملية محضة تتسلط على الشكل الإجرائي، لأن الإجراء لفظ عملي في حد ذاته مراده هو القيام بشيء بغية الحصول على نتيجة معينة واتصال الإجراء في المطالبة بالشفعة مرتبط بمواعيد محددة لدفع التراخي الذي يفضي إلى تعطيل المصالح والابتزاز ولتخليص المشتري والبائع من الوقوع تحت رحمة الشفيع الذي قد يكون معرقلا رأينا تضييق دائرة البحث بما ينسجم مع أصولية البحث العلمي الدقيق ونأمل من الله العزيز القدير التوفيق والسداد فالكمال لله وحده.

تعريف الشفعة في اللغة

الشفعة في اللغة الزيادة، وهو أن يشفك فيما تطلب حتى تضمه إلي ما عندك فتزيده وتشفعه بها، أي تزيده بها، أي أنه كان وترا واحدا فضم إليه ما زاده وشفعه به (1).

(1)، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى تهذيب اللغة - طبعة 1384 هـ - 1964 م ج 1 ص 436

الشفع خلاف الوتر وهو الزوج تقول كان وترا فشفعته شفعا، وشفع الوتر من العدد شفعا صيره زوجا وشفع لي يشفع شفاعة، وتشفع طلب والشفيع الشافع والجميع شفعاء، واستشفع بفلان علي فلان، وتشفع له إليه فشفعته فيه. كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولي بالبيع، ممن يعد سببه فسميت شفعه وسمي طالبها شفيعا⁽²⁾.

الشفعة وهي اسم للملك المشفوع، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك، ومنه قولهم من ثبت له شفعه فأخر الطلب بغير عذر بطلت شفعته و((شفعت)) في الأمر شفعاء وشفاعة طالبت بوسيلة أو ذمام واسم الفاعل شفيع والجمع شفعاء وشفاع⁽³⁾.

تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي

وترى المدرسة الحنفية بأن الشفعة ((هي تملك البقعة جبرا علي المشتري بما قام به))⁽⁴⁾. فيما ترى المدرسة المالكية هي ((استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه))⁽⁵⁾. وترى المدرسة الشافعية بأنها ((حق تملك قهري يثبت للشريك القديم علي الشريك الحادث فيما ملك بعوض))⁽⁶⁾، وترى المدرسة الحنبلية ((هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه))⁽¹⁾.

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نرى أن كل أصحاب المدارس الفقهية المذكورة يشترطون ورود الشفعة على الشيوع في العقار ومعنى ذلك إذا باع أحد الشركاء حصته كان من حق أي شريك من باقي الشركاء المطالبة بالأخذ بالشفعة، عدا فقهاء الأحناف فالشفعة عندهم قد تثبت للشريك

(2) ابن منظور - لسان العرب - المطبعة الأميرية بمصر - الطبعة الأولى 1301 هـ ج 10 ص 48-51.

(3) أحمد بن محمد بن علي المقرئ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - المكتبة العلمية - بيروت ج 1 ص 317.

(4) الزيلعي - تبين لحقائق شرح كنز الدقائق - الطبعة الأولى ج 5 ص 239.

(5) الخطاب - مواهب الجليل لشرح كنز الدقائق - الطبعة الأولى ج 5 ص 310.

(6) الخطيب - الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع بهامش حاشية البجيرمي - تحفه الحبيب علي شرح الخطيب ج 3 ص 156. ويعلق البجيرمي علي استعمال التعريف كلمة استحقاق بالقول (أي استحقاق وهو غير التملك لان التملك يكون بالصيغة يكون بالصيغة بعد الاستحقاق...).

(1) ابن قدامة - المغني مع الشرح الكبير ج 5 ص 459.

((للخليط في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع، كالشرب والطريق ثم للجار، وهي ما يعرف بحق الارتفاق اليوم))⁽²⁾ ويعد هذا الرأي أكثر اتساع من سابقه نظير شموليته ليستوعب مظاهر لم تكن واردة عن الفقهاء الآخرين في المدارس الأخرى

دليل مشروعية الشفعة في الفقه الإسلامي

1) السنة

جاء في حديث الرسول صلي الله عليه وسلم المروي عن جابر: (قال: قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)⁽⁵⁾.

عن ابن عباس عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال: (من كانت له أرض فأراد بيعها، فليعرضها علي جاره)⁽¹⁾، قال صلي الله عليه وسلم (الجار أحق بسقبة، قيل: يا رسول الله، ما سقبة؟ قال: شفعته)⁽²⁾. قال الرسول صلي الله عليه وسلم (لا شفعة إلا في ريع أو حائط)⁽³⁾. عن ابن عمر، قال رسول الله صلي الله عليه وسلم (الشفعة كحل العقال)⁽⁴⁾.

قول الرسول صلي الله عليه وسلم: (الشفعة لمن وأتباها)⁽⁵⁾ عن جابر قال: صلي الله عليه وسلم (الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحد)⁽⁶⁾ تعريف الشفعة في القانون المدني الليبي وقد عرفها المشرع الليبي في المادة 339 "بأنها رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري"

(2) المرغيناني - شرح بداية المبتدى ج 4 - ص 24.
(5) البخاري - صحيح البخار - طبعة 1372 هـ - 1953 م ج 2 ص 22.
ابن ماجه - سنن ابن ماجه - طبعة 1372 هـ - 1953 م ج 2 ص 834، الحديث رقم 2499 - الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام، طبعة 1349 هـ ج 3 ص 59، الزيلعي - نصب الراية - الطبعة الأولى 1357 هـ - 1938 م ج 4 ص 175.

(1) ابن ماجه - سنن ابن ماجه ج 2 ص 833 الحديث رقم 2493.
(2) الزيلعي - نصب الراية، ج 4 ص 174، ابن ماجه، ج 2 ص 834 الحديث رقم 2496.
(3) الصنعاني - سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج 3 ص 59، الزيلعي - نصب الراية ج 4 ص 178.
(4) ابن ماجه - سنن ابن ماجه - ج 2 ص 835 الحديث رقم 2500، قال بأنه حديث ضعيف في اسنده (البيلسماني).
(5) الويعيلي - نصب الراية - ج 4 ص 176.
(6) ابن ماجه - سنن ابن ماجه - ج 2 ص 833 الحديث رقم 2494، الزيلعي - نصب الراية ج 4 ص 172.

وبالنظر إلى هذا التعريف نجد أن مؤدياته تنسجم مع تعريفات الفقه الإسلامي وهذا يقودنا إلى أن المصدر الفلسفي للقانون المدني الليبي فيما يتعلق بالشفعة وغيرها من المعاملات الأخرى هي الشريعة الإسلامية حيث فرض المشرع الجزاء والعدم لكل ما يتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية.

إجراءات الشفعة في الفقه الإسلامي

وضع فقهاء الشريعة الإسلامية إجراءات معينة يجب اتباعها عند المطالبة بالشفعة، وتعتبر هذه الإجراءات العملية غاية في الحصافة والسادقة والدقة ومنذ ذلك الحين إلى يومنا هذا نجد أن هذه الاشتراطات لا زالت فاعلة وأكثر منطقية من التشريعات الوضعية ويفضي بنا القول إلى أن الشفعة مظهر من مظاهر المعاملات منذ القدم يتبوأ مكانة مرموقة وإلا ما حضين بهذا الاهتمام وشغل مساحات واسعة في أحكام الفقه الإسلامي التي لا زالت مصدرا مرجعيا للقانون المدني في البلاد العربية والإسلامية وحتى الأوروبية وحسبنا فخرا بأن كثيراً من الدول الأوروبية اعتمدت في معالجاتها في الشفعة على الفقه الإسلامي، وهذا أمراً لا يحتاج إلى تعليل لندرته بل انه أمر سائد تشهد به أمهات الكتب في كليات القانون المختلفة ومن الشروط التي توختها الشريعة الإسلامية في طلب الشفعة هي طلب المواتية وطلب المواتية ينحصر في علم الشفيع بالبيع واقتترانه بالمطالبة بالشفعة بصورة فورية بعد العلم بالبيع فإذا سكت الشفيع أو أحجم عن المطالبة سقط حقه بحيث يدل ذلك الإحجام أو السكوت على رضاه بجارته الحادث، ومن أصحاب هذا الرأي الأحناف حيث عللوا الفورية استنباطاً إلى الأتي: 1- قول الرسول صلي الله عليه وسلم ((الشفعة لمن وأثبها)) وقول الرسول صلي الله عليه وسلم ((الشفعة كنشط عقال أن القيد مكانه تبت وإلا ذهب))¹.

- الشفعة حق ضعيف ((لثبوته علي خلاف القياس ، إذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكة لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر إلي بالطلب علي المواتية²

² الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج 8 ص 46.

² الطوري - تكملة البحر الرائق شرح كز الدقائق ج 58 ص 46

الزليعي - تبين الحقائق شرح كز الدقائق ج 5 ص 243 ،

ويشترط في الطلب معرفة كيفية الطلب صيغة الماضي أو المستقبل وبصورة عامة تدل ألفاظ الطلب على الإفصاح عن الرغبة في طلب الشفعة، ولا حجة على الإشهاد وركونه إلا أن طلب الموائبة القصد منه إظهار نية الشفيع والكشف منها عن الرغبة في الشفعة، ولم يقيد علم الشفيع بصورة معينة سواء تنامى له الخبر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وقد تحرى أبو حنيفة صدق ناقل خبر البيع إلى الشفيع ومدى ورعه وتقواه

ثانيا طلب التقرير والإشهاد :

لا يعتبر الإشهاد ركناً من أركان الموائبة، ولكن الغاية من الإشهاد هي توثيق حق الشفعة إذا أنكرها المشتري وطلب الإشهاد يكون أمام البائع والمشتري إذا وقع المبيع بحوزة البائع، أما إذا كان المبيع بقبضة المشتري فلا يكون طلب الإشهاد إلا أمام المشتري.

وتعتبر هذه المسألة مسألة خلافية بين الفقهاء حيث يرى محمد أن الإشهاد يكون أمام البائع حتى ولو سلم المبيع إلى المشتري وحجته في ذلك هي قوة العقد الملزمة.

ويتمسك الفقه الإسلامي بالمدة في طلب الإشهاد حيث لم يحددها بزمن معين أو تاريخ معين، بل تركها تقديرية تتوقف على مدى قدرة الشفيع على الإشهاد فإذا مضت المدة دون قيام الشفيع بالإشهاد سقط حقه في الشفعة.

ومن صور طلب الأشاهد الإفصاح عن الرغبة والإشارة إلى العقار وإعلان هذا الإشهاد أمام جمع من الناس، ويختلف الأمر تماماً في حالة غياب الشفيع فيكون طلب الموائبة عند العلم بالبيع، أما الإشهاد وجب أن يكون في حضور البائع والمشتري، مع مراعاة المسافة.

ثالثا : طلب الأخذ والتملك :

وهذا الطلب لا يتحقق للشفيع ولا يملكه الدار محل الشفعة، إلا إذا سلم المشتري بالشفعة ، أو إذا حكم القاضي بالشفعة ، فالشفيع لا يأخذ بالشفعة إلى برضاء المشتري أو بحكم القاضي.
ميعاد الدعوى¹ :

يرى أبو حنيفة أن حق الشفيع في المطالبة بالشفعة إذا تم طلب المواثبة والإشهاد بصورة صحيحة، ولا يؤثر تأخر طلب الأخذ والتملك في حق الشفيع إلا بالتنازل على حقه صراحة وأيده في ذلك أبو يوسف والذي رأى أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يستقر إذا تم طلب الإشهاد والمواثبة صحيحين، ولا يسقط الحق في الشفعة إذا تأخر طلب الأخذ والتملك، إلا إذا تنازل الشفيع عنها صراحة أو دلالة²

إلا أن محمداً يرى أن الشفعة تسقط إذا تأخر الشفيع في طلب المخاصمة بغير عذر مدة ثلاثة أيام من تاريخ طلب الإشهاد.

وإذا رفع الشفيع أمره إلى القاضي كان عليه ألا يبيث في موضوع الشفعة إلا بعد حضور الخصوم حتى ولو كانت العين المشفوع فيها في يد البائع أو المشتري، إلا أنه يشترط إذا وجدت العين المشفوع فيها في قبضة البائع فيشترط لسماع الدعوى حضور كل من البائع والمشتري معاً، أما إذا كانت في يد المشتري فيكفي حضور المشتري وحده دون البائع³

ولا يشترط الأحناف أن يحضر الشفيع الثمن وقت التداعي، فالشفيع إذا لم يحضر الثمن إلى مجلس القاضي كان ذلك أمراً غير معقب عليه إلا

¹ الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج 5 ص 19 ، الزيلعي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ج 5 ص 244 ، الفتاوى الهندية ج 5 ص 173 ، شيخ زاده - مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ج 2 ص 475. المرغيناني - الهداية شرح بداية المبتديء ج 4 ص 28.

² السرخسي - المبسوط ج 14 ص 118 يقول: (وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس. لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا اودلاله).
3- الفتاوى الهندية - ج 5 ص 73.

³ السرخسي - المبسوط ج 14 ص 118 يقول: (وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس. لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا اودلاله).
3- الفتاوى الهندية - ج 5 ص 73.

إذا أحرز الشفيع حكم القاضي بالشفعة عندئذ يكون إحضار الثمن أمراً لازماً، ويخول المشتري بحق حبس العقار وعدم تسليمه للشفيع إلا بعد استيفاء الثمن¹.

أما في حالة موت الشفيع بعد الانتهاء من طلبة الموائبة والإشهاد يسقط الحق ولا ينتقل إلى خلفه العام وفي حالة ما قضيا للشفيع بالشفعة يفسخ عقد البيع المبرم بين البائع والمشتري ويحل الشفيع محل المشتري تختلف المدرسة المالكية⁽²⁾ تماماً فيما يتعلق بالفورية كالحنفية والشافعية حيث أفردت مساحة شاسعة ولم تول أمر الفورية اهتماماً كبيراً وعلتهم في ذلك هي عدم تحديد وقت طلب الشفعة، حيث يرون أن طلب الشفعة غير قابل للانقطاع ما دام العقار محتفظاً بلامحه وأصله ولم يلحقه تغيير، فإذا لحقه تغيير كإضافة مباني وما شابه ذلك والشفيع حاضر وشاهداً على ذلك سقط حقه في هذه الحالة الشفعة عندهم ليست واجبة على الفور كالحنفية والشافعية، بل وقت وجوبها متسع، واختلف في هذا الوقت هل هو محدد بزمان أم لا ؟

قيل : إن وقت طلب الشفعة غير محدد بالنسبة للشفيع، وحقه في طلب الشفعة لا ينقطع أبداً، إلا إذا أحدث المشتري بناء أو تغيير كثيراً في المبيع، والشفيع حاضر عالم ساكت في هذا الحالة يسقط حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة⁽¹⁾ وقيل : إن وقت طلب الشفعة محدد بشهرين، إذا كان الشفيع الأخذ في شهرين من تاريخ إبرام عقد البيع، سقط حقه في الأخذ بالشفعة، أما إذا كان الشفيع حاضر عقد البيع، أو كان حاضراً ولم تكن شهادته في رسم الشراء، يسقط حق الشفيع حاضر عقد البيع، بعد مضي سنة من تاريخ علمه بالبيع إذا لم يكن له عذري طلب الأخذ بالشفعة⁽¹⁾

¹ الزيلعي - تبين شرح كنز الدقائق ج 5 ص 245، الباهرتي - شرح العنايه علي الهدايه بهامش تكمله فتح التقدير لقاضي زاده ج 8 ص 422، الطواري - تكمله البح الرائق شرح كنز الدقائق ج 4 ص 149. خليل مختصر ص 261 يقول : (وسقط ان القاسم.....اوسكت بهدم اوبناء او شهرين ان حضر العقد والاسنة، كان علم فغاب، الا ان يظن الاوية قبلها، فعيق، وحلف ان بعد، وصدق ان انكر علمه، لان ان غب ا ولا)

⁽¹⁾ ابن الرشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 263.

⁽¹⁾ محمد عليش - شرح منح الجليل على مختصر خليل ج 3 ص 598.

الدسوقي - حاشية على الشرح الكبير ج 3 ص 435

الخرشي - شرح على مختصر خليل ج 4 ص 388.

وإذا كان الشفيع غائبا وقت البيع وكانت غيبة بعيدة، فلا يسقط حقه في الرضى بالشفعة سواء أكان الشفيع عالما بالبيع أم غير عالم، إلا بعد مضي سنة من تاريخ قدومه وسكوته عن طلب الأخذ للشفعة⁽³⁾

بينما يرى الإمام احمد أن حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة لا ينقضي إلا بعد مضي مدة جهل في مثله أصل البيع، ويموت الشهود، على أن يحلف بعد السنة أن لم يكن مسقطا للشفعة⁽⁴⁾

أما إذا علم الشفيع بالبيع ثم غاب، فحكمه الحاضر فإن كان في كتب شهادته على الرسم الشراء، أما إذا لم يكن له شهادة مكتوبة على الرسم الشراء، فلا يحق له بالشفعة إلا في خلال سنة من تاريخ علمه بالبيع بلا عذر⁽⁵⁾

وإذا أخبر الشفيع بالثمن فسلم بالشفعة ثم ظهر أن الثمن دون ما ذكر، فللشفيع الأخذ بالشفعة إن حلف أنه ما سلم بالشفعة إلا لكثرة الثمن، وللشفيع في هذه الحالة حق الأخذ بالشفعة مهما مضي من زمن⁽¹⁾

وعند الشافعية: (3)

يرى الشافعية وجوب الفورية شرط علم الشفيع بالبيع وخلصوا إلى ثلاثة أقوال أولها : أن طلب الشفعة يمتد إلى ثلاثة أيام وثانيها أن طلب الشفعة يمتد إلى مدى تسعة أيام حتى تتاح للشفيع فكرة التفكير، وثالثها يكون طلب الشفعة على التأييد إلا إذا نزل عنه الشفيع، وفي حالة عدم علم الشفيع بالبيع فيكون حقه مكفولا مهما مضي الزمن إلا إذا صرح بالنزول عنها

الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج 5 ص 322، التفراوي - الفواكه الدواني ج 2 ص 213 المواق - التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ج 322.

العدوي - حاشية على الشرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن ابي زيد القيرواني ج 2 ص 179 لتوالي البهجة في شرح التحفة ج 2 ص 113.

(4) الخطاب - مواهب الجليل ج 5 ص 332 قال مالك : ((الان يقوم بعد طوال الزمان بما جهل في الاصل البيع ويموت الشهود قارى الشفعة متقطعة).

(5) الخرشى - شرح على مختصر خليل ج 4 ص 388.

التاودي - حل المعاصم لبنت فكر ابن عاصم بهامش البهجة في شرح التحفة ج 2 ص 113 (1) المواق - التاج والاكليل بهامش مواهب الجليل ج 5 ص 322، صالح الأزهرى - جواهر الاكليل ج 2 ص 161.

(3) النووي - مثن المناهج بهامش مغنى المحتاج الى معرفة معاني اللغز المنهاج ج 2 ص 7.3، 308 حيث يقول (والا ضهر ان الشفع على الفور، طالما علم الشفيع بالبيع فليبادر على العادة، فان كان مريضا او غائبا عن بلد المشتري او خائفا من عدو فليوكل ان قدر، و الا فليشهد على الطلب، فان ترك المقدور عليه منهما بطل حقه في الاضهر).

(5)، إلا أن بعض فقهاء الشافعية قد استثنوا عشرة صور من الفورية وهذه الصور تكمن في الآتي :-

غياب أحد الشريكين - البيع بالمؤجل - الزيادة على الثمن ثم ظهر خلاف ذلك - التأخير لانتظار الحصاد أو الجني - وعدم العلم بمقدار الثمن - تخليص نصيبه المغصوب برفع حالة الشيوخ - جهله بأحكام الشفعة من حيث الفورية - وكعدة خيار شرط الغير - وكأخير الولي أو عفوّه فإنه لا يسقط حق الولي (1)

وقد احترز الشافعية في مضمنة تأخير الفورية من قبل الشفيع مع القدرة عليها هنا يسقط حقه في المطالبة بالشفعة وغايتهم في ذلك إذا انتاب الشفيع عذر جاز له توكيل غيره أو إنابته وإذا لم يجد سبيلا إلى ذلك لجأ إلى الإشهاد على الطلب برجلين أو رجل وامرأتين²

أما إذا انسدت كل هذه السبل في وجهه كأن كان على مرض أو في حالة غياب أو حبس واستحال عليه أمر تفويض الغير أو الطلب والإشهاد فيبقى حق الشفعة مكفول له لأن تركه لها كان بقوة قاهرة، ونجد في هذا المقام أن الفقه الشافعي يرقى إلى مصاف التقدمية ويمنح الفرص المتكافئة في الأخذ بالأعذار والتي تساوي القوة القاهرة في التشريعات الحديثة، وكذلك المرونة في إسقاط الأعباء في التملك بالشفعة ومن هذه الأعباء إحضار الثمن وحضور المشتري وحكم القاضي وكذلك رضا المشتري، فلا يأخذ بها الفقه الشافعي الذي يركز على الإفصاح عن الرغبة فقط.

أما في المدرسة الحنبلية :

فإنهم يشترطون الفورية مستدلين على ذلك برواية أبي طالب عن أحمد ابن حنبل التي جاء فيها ((الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم))³ وغيرها من الأسانيد الأخرى من بينها

(5) الغزي - حاشية على متن الشيخ أبي شجاع بهامش حاشية البيجوري ج 2 ص 19.

¹ شمس الدين الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المناهج ج 5 ص 213، 214، الشربيني - مغني المحتاج معرفة معاني الفاظ المنهج ج 2 ص 3، 7، البجيرمي - تحفه الحبيب على شرح الخطيب ج 2 ص 30.

² الغزي - حاشية على متن الشيخ أبي شجاع بهامش حاشية البيجوري ج 2 ص 30.

³ ابن قدامة - المغنى على الشرح ج 5 ص 477، ابن النجار - منتهى الأذونات ج 1 ص 528.

1- قول الرسول صلى الله عليه وسلم ((الشفعة كحل العقال)) وقوله ((الشفعة لمن واثبها)) .

وإجمالاً فإن الحنابلة يحترزون من التراخي، لأنه يلحق الضرر بالمشتري نظير عدم الاستقرار على البيع وبالتالي تكون ملكيته مزعومة ومصالحه معطلة، وتأتي هذه المحترزات الحنبلية رعاية لمصلحة البائع والمشتري وحملًا على عدم التأخير.

2- وهناك محترز آخر وهو إذا فاق الثمن أصل موضوع العقد ونجم عن ذلك ترك الشفيع ففي هذه الحالة لا يسقط حق الشفيع في الشفعة أما أهل المدرسة الظاهرية :

فإنهم يروا أنه لا يسقط حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة مهما مضى عليه من الزمن، إذا باع الشريك ولم يعرض على شريكه، جاء في المحلي (ومن لم يعرض على شريكه الأخذ قبل البيع حتى باع فوجب الشفعة بذلك للشريك فالشريك على شفيعته علم بالبيع أو لم يعلم، حضره أشهد عليه أو لم يشهد حتى يأخذ متى شاء ولو بعد ثمانين سنة أو أكثر أو بلفظ بالترك فيسقط حينئذ) (1)

ولكن يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا عرض البائع حصته على الشريك قبل البيع وأعرض الشريك عن الشفعة، ولكن يشترط في هذا العرض أن يكون من البائع أما إذا كان العرض من غير الشريك أو من الرسول فلا يسقط به حق الشفيع في الأخذ بالشفعة (2)

إجراءات الشفعة في القانون المدني

يتعين علي الشفيع اتباع السياق المرسوم الذي وضعه المشرع لأحقية المطالبة بالشفعة وقد تناولت المواد 939 - 952 من القانون المدني، هذه الإجراءات والتي افتتحتها بالآتي: أولها إعلان الشفيع لإبداء رغبته في الأخذ بالشفعة وقد حدد القانون مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان الرسمي والمقصود بالرسمي هنا هو أن يكون عن طريق محضر

(1) ابن حزم الظاهري - المحلي ج9 ص 89 لمسألة رقم 1596

(2) ابن حزم الظاهري - المحلي ج9 ص 89 للمسألة رقم 1596

وعلة المشرع في ذلك عدم إهدار هذه الرغبة فأحاطها بشكل الرسمية لتكون حجة له في مواجهة الغير وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في المبدأ رقم 17/22 ق بجلسة 1971/2/2 م حيث جاء فيه " إذ أن الطاعن ينعى بطلان الحكم المطعون فيه أنه خالف حكم المادة 946 مدني التي تنص على أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وألا كان باطلا ولم تقم المحكمة الابتدائية ولا محكمة الاستئناف بتحقيق واقعة رسمية إعلان الرغبة في الشفعة مما يترتب على ذلك بطلان الحكم"، ثم إيداع الثمن في خزانة المحكمة، ثم رفع دعوى الشفعة، وتسبق هذه الإجراءات إنذاراً رسمياً موجهاً من البائع أو المشتري إلى الشفيع.

الإنذار الرسمي للشفيع:

على الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي، الذي يوجه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

أما في حالة تعدد الشفعاء فيجب، أن يسري ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على كل منهم وقد وضع المشرع الليبي عدداً من المحترزات يجب أن يتضمنها إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وفي مجملها هي بيانات شكلية تتمثل في موقع العقار وحدوده وبيان الثمن والمصروفات الأخرى واسم البائع والمشتري

ويجب أن يشتمل الإنذار على بيانات معينة وضحت المادة 945 من القانون المدني، فهي تنص على أن (يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً.

- (أ) بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافياً.
- (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه¹

وقد رتب القانون جزاء عدم ذكر البيانات السابقة في الإنذار الرسمي البطلان، وبالتالي لا يترتب على الإنذار بدء سريان ميعاد الخمسة

¹ يقابل هذا النص المادة 21 من قانون الشفعة السابق.

عشرة يوما التي يجب علي الشفيع أن يبدي رغبته في الأخذ بالشفعة خلالها.

ولا يعد الإنذار الرسمي الموجه من المشتري أو البائع للشفيع تسليمًا له بالشفعة ، وإنما الهدف من هذا الإنذار القضاء علي كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالمبيع المثبت للشفعة، وأن يبدأ من هذا التاريخ ميعاد الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أما التراضي الذي ينتج أثره في إتمام الأخذ بالشفعة فهو الذي يتم بقبول المشتري بعد إيداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة¹.

الإجراءات التي يجب أن تراعي عند الأخذ بالشفعة هي :

أولاً: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة :

تنص المادة 944 من القانون المدني (علي من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلي كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع والمشتري وإلا سقط حقه، ويزاد علي تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضي الأمر ذلك).

كما تنص المادة 1/946 من القانون المدني علي أن (إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا ، ولا يكون هذا الإعلان حجة علي الغير إلا إذا سجل).

¹ نقض في 14/5/1959 طعن رقم 92 سنة 25 ق مجموعة أحكام محكمة النقض س 10 ص 426 وقد قضت بأنه (نص المشرع في المادة 940 من القانون المدني الجديد علي أن ((يعلن الشفيع رغبته في الشفعة الي كل من البائع والمشتري في خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ الأندار الرسمي الذي يوجه اليه البائع او المشتري والا سقط حقه)) لم يقصد ان يجعل من هذا الإنذار عرضا ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الاول بنقل ملكية العين في الثاني إذا رد عليه بالقبول ، وإنما اراد المشرع ان يقضي علي كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالمبيع المثبت للشفعة وان يتخذ من هذا التاريخ بدا لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حالة ابداء - الرغبة خلالها - ام التراضي الذي ينتج اثره في اتمام الشفعة فهوذلك الذي يتم بقبول المشتري بعد ابداء الشفيع رغبته في الشفعة).

ميعاد إعلان الرغبة:

حدد المشرع كما أسلفنا الذكر أن يكون إعلان الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ الإعلان الرسمي والموجه إليه من البائع أو المشتري فإذا انقضى هذا الميعاد سقط حقه في المطالبة بالشفعة وإن أعلن أحدهما قبل الآخر أي البائع أو الشاري فالعبرة بالإعلان الأخير². فإذا أعلن المشتري، ثم أعلن البائع يسري ميعاد الخمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان البائع، ويجوز عكسه، وتوجيه إعلان الرغبة أن يكون لكل من البائع والمشتري دون نظر إلى انتقال الملكية إلى البائع بالتسجيل أو عدم انتقالها إليه¹ وهذه مكنة منحها المشرع للشفيع لتوكيد مشروعية استحقاقه إذا كان لذلك موجباً دون أن يؤثر في حقه تسجيل البيع من عدمه.

وقد أضاف المشرع محترزاً آخر وهو ميعاد المسافة الذي قرر وجوب إضافته إلى الخمسة عشرة يوماً لإفصاح الشفيع عن رغبته، وهذا يستثمر لصالح كل من البائع والمشتري، وحدد حسابه من وإلى موطن الشفيع والمشفوع فيه وفقاً لأحكام قانون المرافعات الليبي.

وأمن المشرع في هذا السياق وتغلغل فيه إلى تسجيل إعلان الرغبة حيث تنص المادة 946 سالفه الذكر، وغاية المشرع في ذلك هي تحصين الرغبة وتوكيد الجدية، وانتفاء لمضنة العرقلة والابتزاز، وقد احترز المشرع بتحميل الشفيع أعباء إيداع الثمن في خزينة المحكمة وفق لأحكام المادة 2/946 التي نصت على أنه " وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة "

وعلى الرغم من المحترزات التي توخاها المشرع الليبي والضوابط الدقيقة إلا أن هناك فراغ تشريعي لم تتصد لها أحكام القانون المدني العاملة في هذا الشأن وهي صورية الثمن أو الاتفاق المستتر إذ قد يلجأ البائع والمشتري دفعا لشفيع معين أن يتفق على ثمن مبالغ فيه بما لا ينال قدرة

² الشفعة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي دار الكتاب الجامعي ط/ الثانية 1997 ف عبدالخالق حسن احمد.

الشفيع على تسديده ويكون هذا الثمن معلنا وفي حقيقة الأمر أن الثمن الحقيقي والمتفق عليه أقل من ذلك بكثير وهذا يثار في كثير من البيوع العقارية ولم تتصد له أحكام القانون ولا زال ثغرة وفجوة سحيقة.

تسجيل إعلان الرغبة:

تنص المادة 1/946 من القانون المدني ".... ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا قيد"¹.

ولا يعد التسجيل شرطا من شروط الإعلان، ولكن لكي يكون إعلان الرغبة حجة على الغير لا بد وأن يكون مسجلا، ومن وقت تسجيله يعتبر حجة على الغير، والتسجيل يكون في مكتب السجل العقاري الاشتراكي والتوثيق الذي يقع في دائرة العقار المشفوع فيه. وعدم مراعاة هذه الإجراءات يترتب عليها بطلان إعلان الرغبة التي تمت من غير هذا الطريق²

ولا يوجد للتسجيل ميعاد معين، وإنما يجوز تسجيل إعلان الرغبة في أي وقت من الأوقات، ولكن من مصلحة الشفيع أن يبادر على تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، لأن تصرفات المشتري في العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة لا تكون نافذة في مواجهة الشفيع.

ثانيا: إيداع الثمن في خزانة المحكمة:

يجب على الشفيع أن يودع الثمن في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار، ولكن لا يجب على الشفيع طبقا للرأي الراجح إيداع ملحقات الثمن.

إيداع الثمن:

تنص الفقرة الثانية من المادة 2/946 من القانون المدني على ما يأتي (وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي

¹ يقابل هذا النص المادة 14 من قانون الشفعة السابق.

² نقض في 1977/3/16 طعن رقم 569 سنة 43 - مجموعة أحكام محكمة النقض س 28 ص 7050 وقد قضت بأن (إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعنون أن يكون من أوراق المحضرين، يسري عليه ما يسري عليه ما يسري على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها في قانون المرفقات).

حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة).¹

كما يجب على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ضماناً لجدية طلب الشفعة، ولا يجوز للبائع إعفاء الشفيع من شرط إيداع كل الثمن الحقيقي، لأن هذا الإعفاء مخالف لصريح نص المادة 2/946 مدني.²

ويشترط أن يتم الإيداع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة أي قبل إعلان صحيفة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري.³

والإيداع شرط من شروط قبول الدعوى⁴ وإلا سقط حق الشفيع من الأخذ بالشفعة، ويحق للمحكمة القضاء من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع إذا لم يتم إيداع الثمن في الميعاد المحدد وفقاً لنص المادة 946 مدني.⁵

وإن كان الشفيع لا يجب عليه إيداع ملحقات الثمن طبقاً للرأي الراجح والذي أيدته محكمة النقض، فإن الشفيع لا يلتزم بإيداع المصروفات الضرورية أو النافعة التي أنفقها المشتري، وإنما يحق للمشتري أن يرجع، بمقدار هذه المصروفات على الشفيع وفقاً للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز إثراء شخص على حساب شخص آخر.⁶

¹ نقض في 1977/12/14 طعن رقم 376 سنة 44 ق - مجموعة أحكام محكمة النقض س 28 ص 1793 .
نقض في 1978/6/28 - طعن رقم 488 سنة 45 ق - مجموعة أحكام محكمة النقض س 29 ص 1595 .

² نقض في 1976/1/29 طعن رقم 718 سنة 41 ق، مجموعة أحكام محكمة النقض س 27، ص 347 حيث قضت بأن (إيداع كامل الثمن الحقيقي شرط لقبول دعوى الشفعة. لا يملك البائع إعفاء الشفيع من هذا الشرط).

³ د/ منصور مصطفى منصور - حق الملكية ف 146 ص.348

⁴ نقض في 1954/1/28 طعن رقم 235 سنة 21 ق - مجموعة القواعد القانونية ج 1 ص 733 رقم 163.

⁵ نقض في 1953/12/31 طعن رقم 140 سنة 21 ق ، مجموعة القواعد القانونية ج 1 ص رقم 167 قد قد قضى بان (للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يتم بإيداع الثمن في الميعاد المحدد في المادة 942 من القانون المدني).

⁶ د محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد ج 3 ص 427 - 428.

جزاء عدم إيداع الثمن في الميعاد:

يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يودع في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار، ويستطيع كل من البائع والمشتري أن يتمسك بهذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى، باعتبار أن هذه المسألة تتعلق بالنظام العام.¹

ثالثاً: دعوى الشفعة :

تنص المادة 947 من القانون المدني على أن (ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتفيد بالجدول ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة رفع الدعوى:

يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري معا ولو تعدوا²، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة وإلا سقط حقه في الأخذ بها، وإذا أعلن أحدهما بالرغبة قبل الآخر، فالعبرة في بدء الميعاد بإعلان الأخير منهما³، ولكن إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة على البعض من البائعين والمشتريين في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، وكان الشفيع وقت أن رفع الدعوى لا يعلم بوجود غيرهم، يجب على الشفيع أن يرفع الدعوى على البائعين والمشتريين الآخرين بمجرد علمه بهم، حتى ولو كان بعد فوات الميعاد⁴ وعبء إثبات عدم العلم - في نظرنا - يقع على عاتق الشفيع، إذا كان رفع الدعوى عليهم بعد فوات ميعاد إعلان الرغبة.

وإذا رفع الشفيع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري في خلال الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة، ثم تبين أن البائع المرفوعة

¹ نقض في 1983/12/14 طعن رقم 1609 سنة 49 ق مجموعة أحكام النقض ف 34 ص 1816.

² نقض في 1950/11/23 طعن رقم 43 سنة 19 ق- مجموعة القواعد القانونية ج-1 ص 728 رقم 130.

³ نقض 1954/5/13 طعن رقم 284 سنة 21 ق - مجموعة القواعد القانونية ج-1 ص 725 رقم 110.

⁴ د. السنهوري - الوسيط ج-9 218 ص 673.

عليه الدعوى بائع صوري يجوز للشفيع أن يرفع الدعوى على البائع الحقيقي في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه به.¹

وهذه المدة مدة سقوط، فلا يرد عليها وقف ولا انقطاع ولكن رفع الدعوى ولو أمام محكمة غير مختصة من شأنه أن يقطع مدة السقوط طالما كانت الدعوى قائمة ولم يصدر في شأنها حكم بعدم الاختصاص²، ولا تكون دعوى الشفعة مقبولة في أي مرحلة من مراحلها سواء في الدرجة الأولى أو الثانية أو النقص إلا إذا كانت قائمة بين أطرافها الثلاثة الشفيع والمشتري والبائع.

ودعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة وفقاً لقانون المرافعات.³

المقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي

من حيث إجراءات الشفعة

وبعد استعراض السياق الإجرائي المرسوم بما في ذلك السياق الاحترازي بين الشريعة والقانون وبين المدارس الفقهية فيما بينها نخلص إلى الآتي:

تتسم الإجراءات عند المدرسة الحنفية بالتطويل مع توقيع جزاء حرمان على أي مخالفة لأي إجراء منصوص عليه فكل الإجراءات عند الأحناف هي محل اعتبار وتحقق وتقع على كاهل الشفيع محصورة في طلب الموائبة وهي ابداء الرغبة فور السماع بالبيع وهذا الطلب هو قاسم مشترك عند فقهاء المدارس الثلاث أحناف وحنابلة وشافعية عدا المالكية وقد أخذت المحكمة العليا بما جاء في مذهب الإمام أبي حنيفة في حكمه الصادر في الطعن المدني 11/2 سنة 1965/6/26 م " لا محل للنعي عن المحكمة الاستئنافية أنها أخذت برأي الإمام أبي حنيفة مع وجود نص في القانون، فإن المحكمة لم تفعل ذلك بل استعانت برأي لذلك الإمام وباعتبار الشفعة إسلامية المصدر بما لا خلاف فيه، مع تغلغل الأحناف على وجوب الإسهاد

¹ د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني الجديد ج 3 ف 439 ص 435.

² د. عبد المنعم فرج الصده - الحقوق العينية الأصلية ف 279 ص 450، 451.

عند الطلب بخلاف غيرهم فهم لا يشترطونه، ويشترط الأحناف أن تملك الشفيع للعين المشفوع فيها لا يكون إلا بالمخاصمة أمام القاضي، فيما قررت المدارس الأخرى ثبوت الحق حتى قبل صدور حكم القاضي تأسيساً على أن حكم القاضي هو مقرر للشفعة وليس منشأً لها فيما يرى المالكية حق الشفيع في طلب الشفعة خلال سنة من تاريخ العلم بالبيع هذا إذا كان الشفيع حاضراً أما إذا كان غائباً فيكون ميعاد السنة نافذاً من تاريخ حضور الشفيع، ويرى فقهاء الظاهر أن الشفعة تتسم بسعة الوقت، ويمكن استعراض المقارنات بين القانون المدني الليبي وأحكام الشريعة

يتضح لنا ما يلي : 1- أن مواعيد طلب الأخذ بالشفعة عند الأحناف والشافعية والحنابلة أقصر من مواعيد طلب الشفعة في القانون المدني، لأن الأحناف والشافعية في القول الأظهر والحنابلة يأخذون بطلب الموائبة أي أن يطلب الشفيع الشفعة فور علمه بالبيع، أما في القانون المدني الليبي فعلى الشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإندار الرسمي الذي يوجه إليه من البائع أو المشتري ((م. 944 من القانون المدني)) .

2- ونحن نرى أن الإجراءات التي وردت في القانون المدني الليبي تتمشى مع الاتجاه السائد في الفقه الإسلامي نحو التضييق من نطاق الأخذ بالشفعة لمخالفتها القواعد العامة فيما يخص المواعيد وأجمعت التشريعان على توفير مساحة شاسعة لحماية الشفيع، مع التنويه بأن الفقه الظاهري قد تصدى لمسألة الصورية عند الثمن المستتر بخلاف الوارد في العقد، ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون المدني الليبي قد ألقى عبء إثبات الصورية على كاهل الشفيع، وهو أمر شاق للغاية كان من المتعين الركون إلى الثمن الشائع أثناء البيع مع ترك أمر سلطة التقدير للمحك